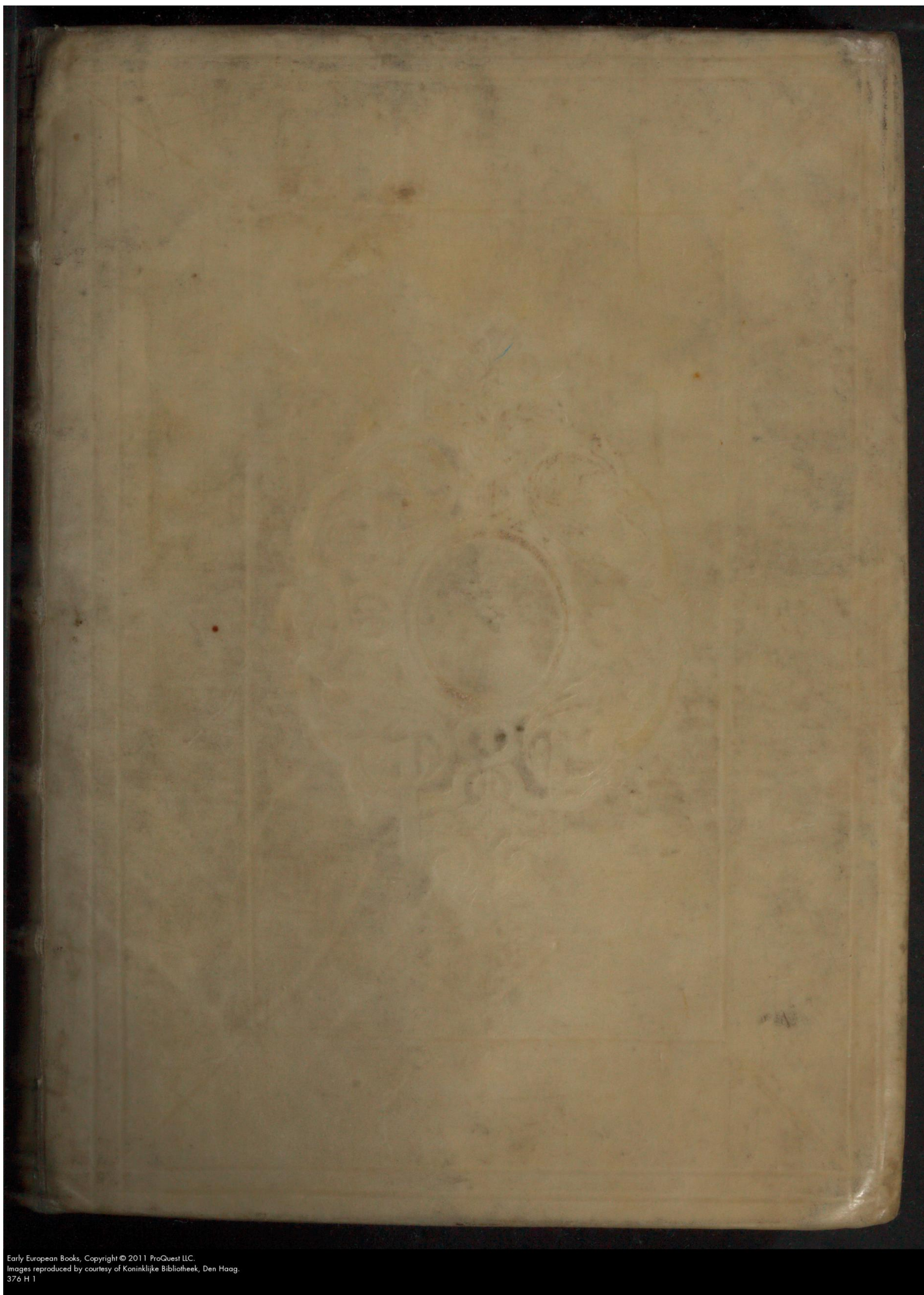
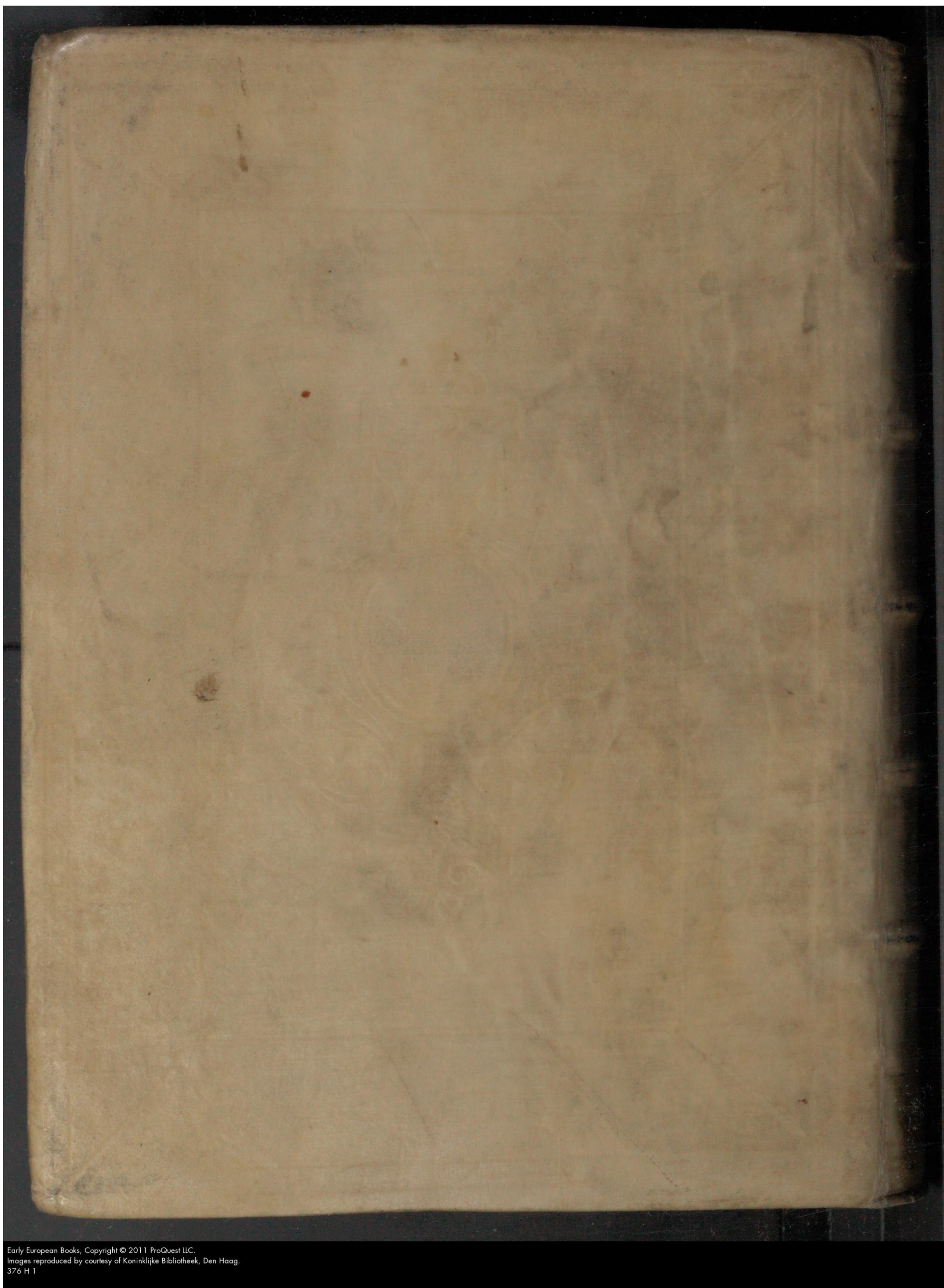
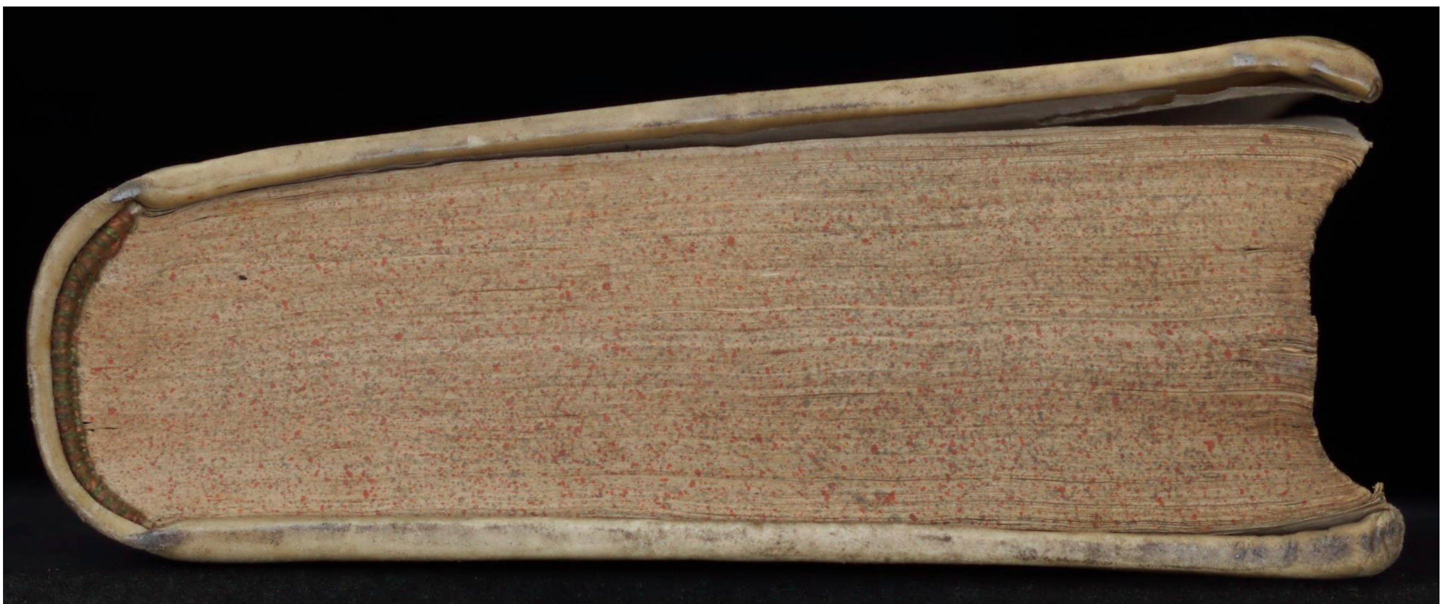


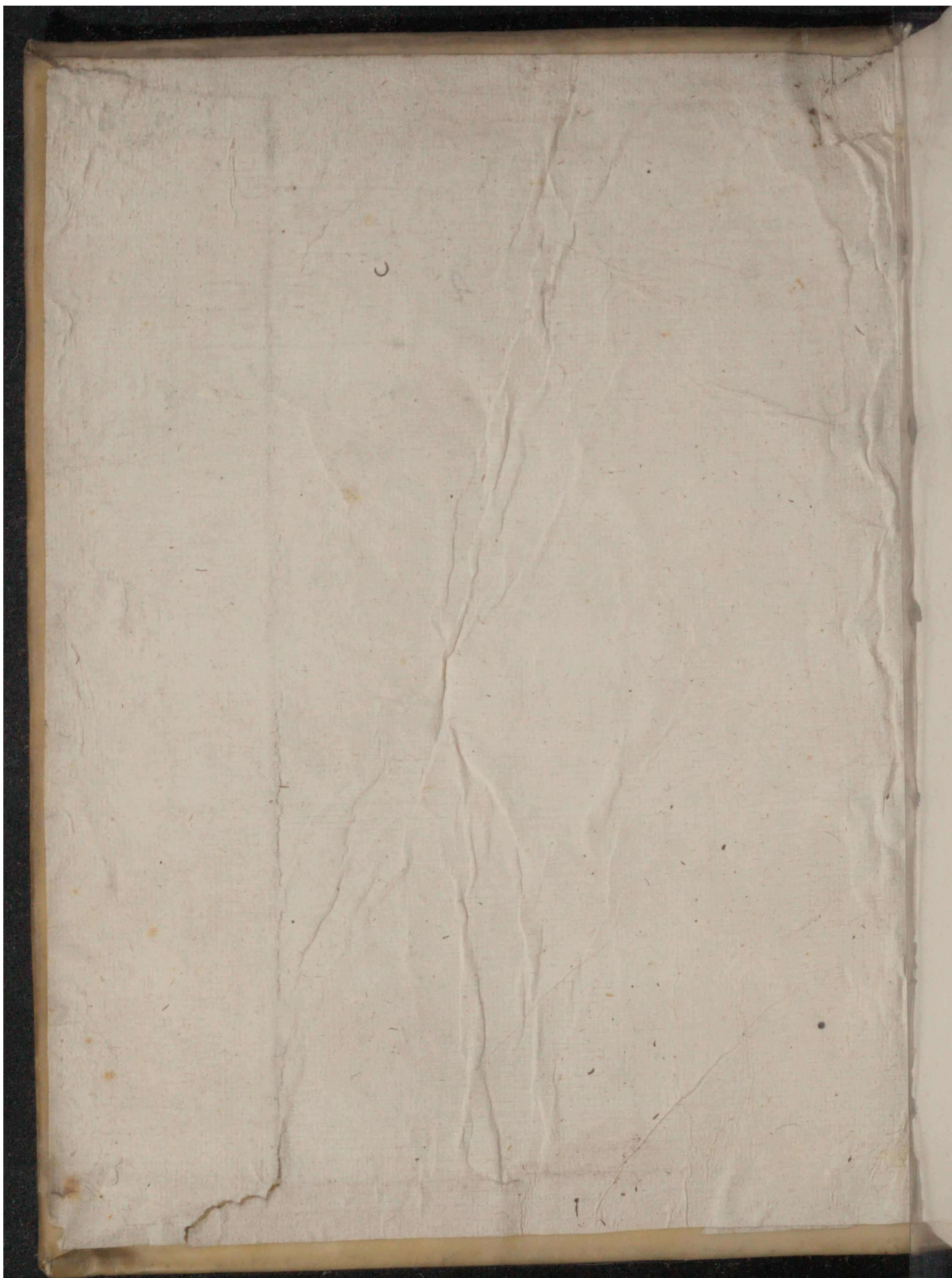

BRONCHORST
ENANTIO,
PHANA.
376
H I

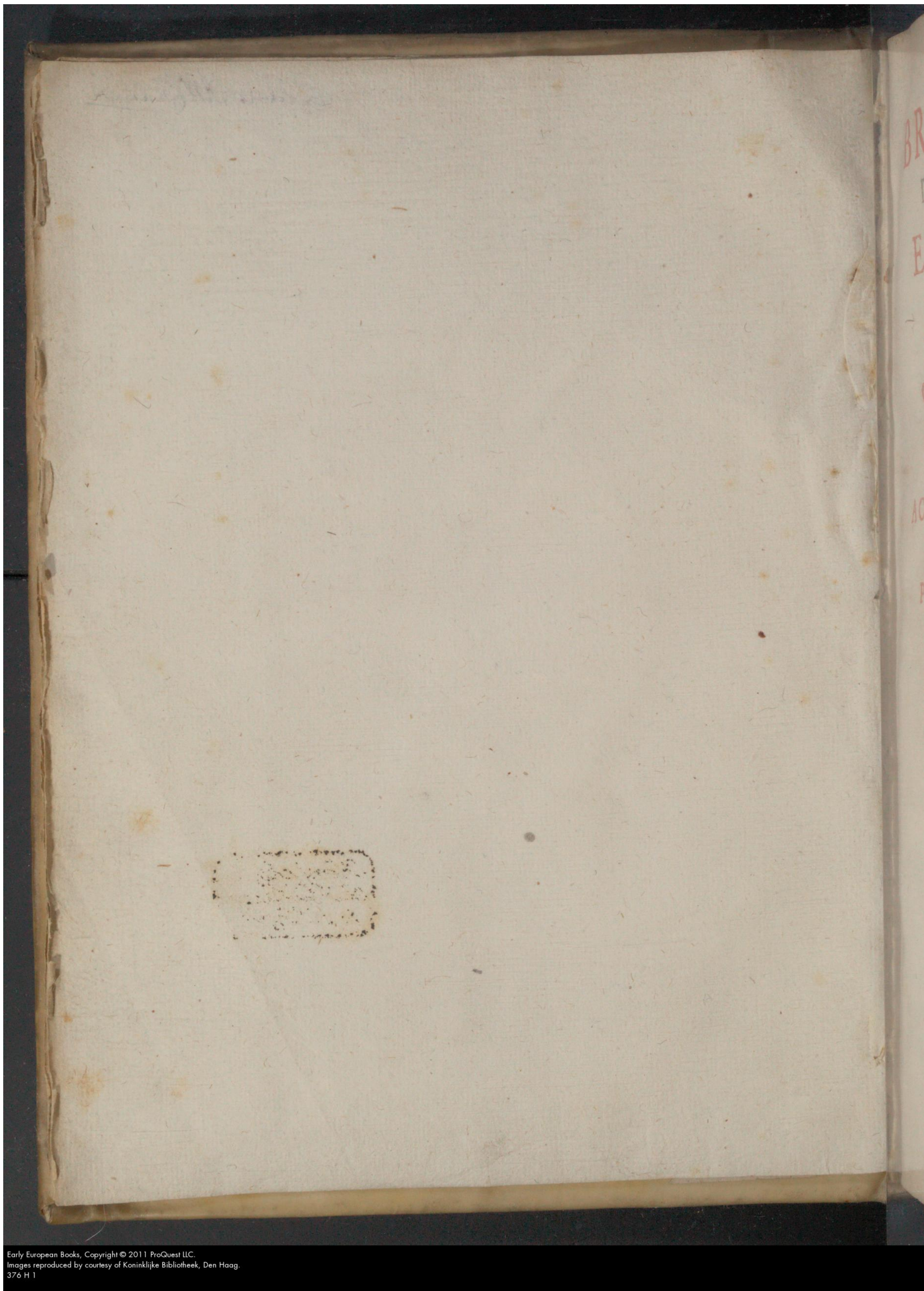












EVERARDI
BRONCHORST
DAVENTRIENSIS, I.C.
ΕΝΑΝΤΙΟΦΑΝΩΝ
CENTVRIÆ SEX,

ET

CONCILIATIONES EORVNDEM:

Ab ipso Authore recognitæ, & amplius quam tertia parte auctæ & locupletatæ.

ACCESSIT BREVIS TRACTATVS,

DE

PRIVILEGIIS STVDIOSORVM,

tum Professorum & Doctorum,

EODEM AVTHORE.



LVGDVNI BATAVORVM
Ex officinâ IACOBI MARCI,
Typographi Collegij Ill. Ordinum.

cIↃ. IↃ. c XXI.

Nobilissimis, Prudentissimis, & Amplissimis Viris:

D. IOHANNI DE DUUENVOORDEN, Domino de Duvenvoorden & Voorschoten:

D. ROCHO AB HONERT, Supremæ Curiæ Senatori primario:

D. ADRIANO PAVVV, Equiti, ciuitatis Amsterdamensis Syndico, Academiæ Leydensis CVRATORIBVS.

Eorundemque Collegis

D. ANDREÆ VESANEVELT.

D. IACOBO BROUCHOVEN Rijnlandiæ Quæstori,

D. IACOBO CORN. DE LEEUSVELT,

D. DANIELI SIMONIS AB ALPHEN

Quæstori, ciuitatis Leydensis CONSVLIBVS, *Dominis & Mecœnatibus suis reuerenter colendis.*



ARTARXERXES PERSARVM REX. Viri Ampliss. existimans non minus Regiam majestatem decere & humanitatem, parua benignè alacriterque accipere, quam magna largiri, cum sibi iter facienti rusticus quidam ac plebeius homo, vtraque manu haustam è profluente

aquam (quia nihil habebat aliud) obtuliſſet, hilari vultu accepit, munus non vſu rei oblatæ, ſed ſtudio & amore dantis & offerentis metiens. Et LYCVRGVS minimi ſumtus ſacrificia SPARTÆ ideo conſtituit, vt DEVM immortalem honorandi & colendi ſemper in promptu eſſet copia. Hoc conſilio ego quoque hoc tenue munuſculum ac ſtrenam hanc offero vobis Viri Ampliſſ. & Nobiliſſ. D. Curatores, & COSS. Prudentiſsimi. Quod ſi ex ſua aut veſtra dignitate æſtimetur, perexiguum eſt, ſi ex viribus meis, mediocre, ſi verò ex animo, & propenſa voluntatis meæ erga vos affectione & teſtificatione cenſeatur, magnum judicabitur. Offero inquam & exhibeo vobis Centurias ſex ἐναντιοφανῶν, ſeu legum in ſpecie & apparenter pugnantium conciliationes, easque ex repetita prælectione, ſeu accurata recognitione ſub veſtro patrocinio in lucem emitto. In quibus difficillimas & præcipuas vniuerſi juris ciuilis controuerſas quęſtiones, quanta potui breuitate collegi, & omnibus diſcuſſis pugnantium & diſſidentium legum & rationum nebulis, veritatem ſingularum quæſtionum ſolidis argumentis & textibus confirmaui, falſaſque & erroneas ſententias dilucide ac ſuccinctè refutaui.

Nam cum primæ editionis Centuriarum, cuncta exemplaria penitus eſſent diſtracta (quantumuis ea non ſolum in hac Academia, ſed etiam in Germania, puta Hannouiæ & Oppenheimij in Palatinatu à diuerſis Typographis eſſent excuſa) eaque proſpero per DEI benignitatem ſucceſſu, plurimis Iuriſprudentiæ ſtudioſis, in omni-

in omnibus ferè Belgij, Germaniæ, Galliæ, & Italiæ Academiis, perquam grata, accepta & vtilia euenisse sæpius intellexissem, secundis curis, prius editas Centurias, quanta fieri potuit cura ac sedulitate, in Iurisprudentiæ studiosorum gratiam & commodum, hac editione sub incudem reuocare, ac plus quam tertia parte augere & locupletare, nec non amplius quam trecentis obiectionibus & solutionibus amplificare sum conatus.

Cæterum vt studiosi quoque intelligant quid amplius à me in hac secunda editione Centuriarum præstitum sit, quidve primæ editioni adiectum & additum; ita habeant, primò me in singulis quæstionibus & assertionibus subiunxisse, quid communi Doctorum opinione sit receptum & vsurpatum. Quæ communes Doctorum opiniones & sententiæ magnam vim & auctoritatem in foro & judiciis merentur. Siquidem in consulendo & judicando rarissimè à communi & recepta Doctorum opinione receditur, nisi certa & manifesta lege, vel euidenti ratione ex iure deprompta refutetur. Non facilè enim, vt inquit IC. Paulus *in l. minimè 23. ff. de legib.* nec temerè ab eo receditur, quod certam semper habuit interpretationem. Præclarè vt multa alia, scriptum reliquit OLDENDORPIUS, Est aliquid cum multis sentire, vbi res est dubia & controuersa, nec constat certa ratione errorem subesse. Præterea subiunxi in hisce repetitæ prælectionis Centuriis, quænam sententia iudicando consulendo & pronuntiando, tum in suprema curia imperii Germanici, nec non in diuersis Galliæ Parlamentis, tum

in ſacro conſilio Neapolitano, præterea in deciſionibus Pedemontanis Archiducatus Sabaudiæ, denique in Illuſtri curia Hollandiæ & Zelandiæ obſeruata ſit & recepta. Sic non ſolum ſtudioſi intelligent, quid in theoria, ſeu in ſcholis obtineat, ſed etiam addiſcent & cognoſcent, quid in praxi & vſu forenſi in præcipuis juris controuerſiis ſit receptum & approbatum. Practica enim, vt dicebat BALDVS *in cap. I. de feud. ſine culp. non amit.* eſt optima legum intellectrix, & ab antiqua praxi non eſt recedendum. *per l. illud* 13. *ff. de excuſ. tuto.* Idem Bald. dicit *in c. ex tenore. ex. de teſtib.* quod leges ſapiunt, cum practicantur, & tum fructus ex arbore colliguntur. Præterea vulgatum iamque vſu tritum & receptum eſt adagium, quod leges in ſcholis deglutiuntur, in foro, curia & palatiis digeruntur, in ſcholis diſcuntur, in foro intelliguntur. Nam practica eſt ſcientia digeſtiua, & vbi Theoricus deſinit, ibi incipit practicus, referente celeberrimo ICto Catelliano Cotta in Memorabilibus iuris, *in verb. Practica.* Porrò haſce Centurias à me & amplius quam tertia parte auctas & locupletatas vobis Ampliſſ. D. Curatores, & Prudentiſſ. D. COSS. dedico & offero, quorum beneficio & fauore hæc mihi facta eſt gratia, vt poſt XXXIII. annorum Profeſſionem à me in hac Academia pro virili nauatam & excultam, iam tanquam emeritus miles, factus ſim Profeſſor Iuris honorarius. Imitati in eo eſtis fœliciſsimi & optimi Imperatoris, Diui Hadriani exemplum, qui Doctores profeſsioni ſuæ parum habiles, vt puta ſenectute aut morbo grauatos,

tos, ditatos, honoratoſque à profeſſione dimiſit, & rude donauit. Itaque quodcunque id eſt ſtudij & lucubrationis, quod in veſtro fundo quaſi conceptum & natum eſt, imò magna ex parte productum & expolitum, vt beneuolis animis & propenſis ſuffragijs, id diuulgari ſub auctoritatis veſtræ clypeo, tutela & patrocinio ſinatis, omnibus votis & obnixè contendo.

Et quibus porrò potiſſimum melius æquiuſque hoſce meos labores dedicare debeam, vtpote cum ſitis ſtudiorum & literatorum ſingulares & eximii fautores, patroni & Mecœnates. Tu enim imprimis Vir Nobiliſſime, Domine à DUVENVOORDEN, Curator primarie, & inter Equeſtris Ordinis viros huius Prouinciæ præcipue, optimè & humaniſsimè erga ſtudioſos & literatos es affectus, ſecutus honeſtiſsimi & Nobiliſsimi parentis tui veſtigia, qui Nobilium nomine in prima inauguratione huius Academiæ interfuit & *præfuit*. Deinde te etiam Clariſs. & Doctiſsime D. Curator ROCHE AB HONERT meritò & ſummo iure inter præcipuos noſtræ Academiæ patronos & Mecœnates agnoſcere & recenſere debeo, qui Iuriſprudentiæ ſtudiis fœliciter in hoc celeberrimo Athenæo operam fidelem nauaſti. Vnde etiam digniſsima laborum & ſtudiorum tuorum præmia conſecutus, in ſupremum Curiæ Hollandiæ, & Zelandiæ Senatum ſummo cum honore coöptatus & allectus es, eiuſque Senatus coryphæus & anteſignanus meritò haberis, legumque & æquitatis acerrimus defenſor ab omnibus vno ore prædicaris & celebraris. Deni-

que

que Clarissime & Doctissime D. Curator PAWI, Eques & I. V. Doctor, quomodo te non inter primos huius Academiæ fautores & Mecœnates recenseam, vtpote qui non solum in eodem Lycæo magno cum fructu & honore Iurisprudentiæ studia excoluisti, verum etiam supremum Doctoris gradum summa cum laude es adeptus. Vnde & dignos meritosque laborum tuorum fructus consecutus, ad honorabile munus, videlicet patriæ Syndicatum vocatus & electus es, eamque tuis saluberrimis consiliis & deliberationibus fœliciter regis & administras. Taceo quod magna cum laude & dexteritate functus es splendida Legatione nomine Illustrium Dominorum Ordinum Fœderatarum Prouinciarum Belgij, ad Potentissimum & Serenissimum Regem Daniæ & Norwegiæ, vna cum Generoso D. Comite à Culenburch, & aliis Clarissimis Viris. In quâ Legatione præclarè & egregiè partibus tuis es defunctus, atque re benè gesta arbitrio Illustrium Dominorum Ordinum abundè satisfecisti, & magnis honorificisque donis & muneribus à Rege exornatus, summa cum laude in patriam es reuersus. Vos itaque Ampliss. D. Curatores & Coss. Prudentissimi, (quorum ductu & auspiciis hæc Academia tàm fœliciter viget & floret, vt eius laus atque fama ad extremos vsque Christiani orbis terminos sit diffusa) hunc meum librum Iurisprudentiæ studiosis perutilem, aduocatis atque causarum patronis non infructuosum, hilari & benigna fronte suscipite, memoriq́ue & grato animo agnoscite. Ego vicissim vestri nominis cultor, fautor

fautor laudator & admirator, dum viuam, & ſpiritus hos regat artus ero & permanebo.

Valete interim Curatores Ampliſſ. & Conſules Prudentiſſ. & diu conſilio, prudentia & auctoritate Academiæ huic fœliciter, moderante DEO, Opt. Max. duce & auſpice ſuperſtites viuite, meque veſtro patrocinio & fauore tueri & defendere non dedignemini DEVS Opt. Max. Amplit. veſtras Eccleſiæ Orthodoxæ, Reipub. & Florentiſſimæ noſtræ Academiæ bono diutiſſimè incolumes: Saluas florentes, atque fœlices in hac vita tueatur & conſeruet, in cœlis verò æterna gaudia benignè largiatur.

Datæ Lugduni-Batauorum Anno Domini cIↄ Iↄ c XXI. Februarij.

Veſtræ Amplit. & dignitati addictiſſimus & obſequentiſſimus,

EVERARDVS BRONCHORST IC.
Dauentrienſis.

** *Iuſtinia.*

Iustinia. in No. 44. de Tabellionibus.

NIhil in rebus humanis est vsque adeò semotum ab omni controuersia, tametsi maximam cum justitia conjunctionem habeat quod dubitationem & controuersiam non recipiat, si subtiliter animi curas intendas.

Iustinia. in l. 2. §. contrarium x 1. C. de vet. Iur. enucl.

COntrarium autem aliquod in hoc Codice positum, nullum sibi locum vindicabit, si quis subtili animo diuersitatis rationes excuitat Sed est aliquod nouum inuentum, vel occultè positum, quod dissonantiæ querelam dissoluit, & aliam naturam inducit, discordiæ fines effugientem.

D V A R E N V S.

NVnquam lex legi contraria est, quia si diuersum jus esset, alterum ab altero abrogaretur. Antinomia hæc κατὰ περίστασιν dicitur, quando leges inter se non natura, sed circumstantia pugnant.

Fortunius Garsias in tract. de expensis cap. 23. num. 15. & 16.

EXistimo ἀντινομίας nomen illa responsa mereri, quæ eandem habent facti speciem, personarum easdem circumstantias, easdem temporis qualitates, easdem juris rationes. Quod si diuersum argumentum sit, aliæ personæ, diuersa, non contraria dicam. Etiamsi vulgus contraria dicat, quicquid quoquo modo dissideat. Ego sanè personas, factum, locum, tempus jusque aspicio in vtroque responso, si quando antinomiam propositam inquiro. In secundo genere, vbi diuersa species facti est, variæ circumstantiæ, sunt plura ICtorum responsa, quæ ἀντινομίας nomen minimè merentur, plura conciliauit Zazius de Ἀντινομίαις post

post Budæum, quem ipse refert. Estque hodie integer tractatus de ἀντινομίαις, de quibus ita judico, vt ferè totum jus hoc nomine notare possis, si vtcunque dissidentes leges protinus ἀντινομίας appellatione notaueris, gloriosam laudem quęsiturus, aut auram popularem potius captaturus quasi cum pueris in Scholis, non cum viris doctissimis tibi negotium sit.

Menochius in tract. de Interdict. remed. 6. retin. possessionis, de interdicto, de aqua quot. & æsti. nu. 6.

PArcat Deus Iustiniano, quod sua nimia diligentia in Pandectarum ordinatione, veterum ICtorum libros supressit, & centones ac rhapsodias Iurisprudentum nobis tantum reliquit. Vnde nobis tot cruces posuit.

Hotom. ad princip. Digestor. in Catalogo authorum, ex quibus opus Digestor. est compositum.

CElso Iubentio ICto ferè proprium est, vt à verbis & sententia legis propter speciem æquitatis non temerè recedat, estque in aduersarijs ICtis ridendis satis multus, & nimium liber. Quod apparet euidenter ex antinomia, inter *l. vlt. ff. de cond. cau. dat, quæ est ICto Celsi. & l. naturalis. §. at cum do. ff. de præsc. verb.* quæ est ICti Pauli in hac quæstione, An si pecuniam tibi dedi, vt mihi Stichum dares, sit emptio, quod adfirmat ICtus Paulus *in d. §.* At cum do, negat verò ICtus Celsus *in d. vlt.* qui adstruit esse potius contractum innominatum, Do vt des, quam emtionem.

Regulæ de conciliandis antinomijs ex Eguinario Barone ad §. Præterea quod per alluuionem Inst. de rer. diuis. excerptæ & desumtæ.

ET quoniam fluctuantes hic interpretes video regulam iuuentuti tradam, de pugnantium locorum interpretatione,

Quoties Vlpianus aut alius ICtus diuersas de eadem re sententias adducit, aut hic vnam, alius aliam ei contrariam, id tutò sequemur, quod in Codice, aut Institutionibus indistinctè scriptum erit. vt *in d.§.* præterea quod per alluuionem. *l in bonæ fidei. C. de pact. l. lecta. ff. Si cert. pet. l. iurisgentium. §. Quinimò ff. de pact.* Quod si nulla lege Imperatoria veterum sententiæ relatæ definitæque extant, in quam partem inclinent Paulus, Vlpianus, cæterique ex quibus Pandectæ transcriptæ sunt, per Iustinianum obseruabimus.

Idem erit si Vlpianus fortè, vel alius ICtus, Labeonis vel Neruæ sententiam obiter memoret, cui alij ejusdem auctoritatis ICti repugnent. *l. 5. §. de arbore. ff. de rei vend. l. adeo. ff. de acq. rer. do. l. hoc amplius. ff. de dam. infec.* Non enim ex Labeone, aut Varo, aut Cassio Pandectas componi voluit Iustinianus, sed ex Vlpiano, Paulo, Iuliano &c. quorum nomina prænotantur legibus authore Imp. nostro *in l. 2. C. de vet. iur. enuc.* Quamobrē & notæ Vlpiani, Pauli, Martiani, Papiniano adscriptę, locum suum retinebunt. *l. 1. C. de vet. iur. enuc.*

Secunda regula. Si quando contrarię veterum sententię, vel ab eodem ICto vel à diuersis sint relatę, quarum neutram magis probent, tunc quod melius æquiusque videbitur, judices sequentur, dum Princeps, aut cui is permiserit, certam & perpetuam legem de ea quæstione & controuersia constituat. *l. sed Diui. ff. de rer. diuis. §. Cum ex aliena. & §. Si quis à non domino. Inst. de rer. diuis.* Sed hoc genus legum contrariarum Iustinianus negat suæ Legislationi inesse. *d. l. 2. C. de vet. iur. enucl. l. 1. C. de Iustin. Cod. confirm.* quod tamen quam verè dictum sit, alibi idem Baro grauissimus & acutissimus ICtus testatur, ipse viderit, cum illa commendatio persuasorio legum exordio conueniebat.

Idem

Idem Baro alibi in Commentar. ad Institut.

EX Commentarijs Pauli, Vlpiani, Marciani, Papiniani, & cæt. commentarijs controuersiæ in foro & judicijs decidi non possunt, nisi Accursij, Bartoli, Baldi, Alexandri, Castrensis, Iasonis interpretatio accedat.

Viglius ad §. vlt. Inst. de rer. diuis.

IN hoc vtiles sunt Doctorum repetitæ Commentationes, quod allegationum copia, consiliorum recitatione, multisque ampliationibus & Limitationibus, aduocatos qui causis & Litibus forensibus patrocinantur, egregiè instruere, & informare possunt.

ZAZIVS.

DOctorum responsa & opiniones non necessitant ad decisionem causarum, sed aliquam præsumtionem tantum faciunt, quatenus bona aliqua & probabili ratione mouentur. Ita quoque tradit & notat Glossa ordinaria ad *l.1.C.de legib.*

MARANTA *in quæstion. legalib. disput.* 10.

PRopter phantasias vnius Doctoris non est recendum à communi opinione Doctorum. Ita dicit *Bald. & Castren. in l. vlt. C. de instit. & substit.* Alioqui judex qui omittit communem opinionem, adhærendo singulari opinioni vnius Doctoris, facit litem suam. Secundum *Bart. in l. vlt. C. de pœna iud. qui malè iud. & Iason. in l. sciendum. §. vlt. ff. Qui satisd. cog.*

Reyger in Thesauro recept. sentent. Iuris, in loco, de auctoritate Gl. Bartoli, & aliorum Doctorum.

PRo certò receptum est, maximam esse communis Doctorum opinionis auctoritatem, adeò vt ab illa nec in judicando, nec

do, nec in consulendo sit recedendum, nisi illa per ius expressum, vel per euidentem rationem erroris conuincatur.

Venenutius Stracha in tract. de contract. Mercator.

VEtustiores Iuris interpretes fructus nobis reliquerunt, Budæus verò & reliqui recentiores plures flores, magis quam fructus attulerunt.

Iohan. Faber ad § sed non vsque Inst. de Legat.

IVris ciuilis prudentia paruo admodum & nullo cum fructu coniuncta est, nisi ad negotia in quotidiano vsu versantia sedulò frequenterque accommodetur.

INDEX

INDEX CONTROVERSARVM QVÆSTIONVM,

quæ in hoc libro tractantur.

CENTVRIAE PRIMAE.

XIX. Tuto-

XIX. Tutoris datio neque imperij, neque iurisdictionis est.

XX. In priuatis negotiis filius patrem, & pater filium iudicem habere potest.

XXI. Delegatus iudex iudicis dandi potestatem non habet.

XXII. Ordinarius iudex ius dicendæ mulctæ habet, non verò delegatus.

XXIII. Extra territorium suum ius dicenti impunè non paretur.

XXIV. Pacto quo conuenit, vt incompetens iudex adiretur, antequam aditus sit, renuntiari potest.

XXV. Idonea cautio fit tam per pignora, quàm fideiussores.

XXVI. In conuentione iudicio sistendi causa facta, generalis renunciatio casuum fortuitorum non valet.

XXVII. Sententia lata diebus feriatis valet, consensu litigatorum.

XXVIII. Actor emendare, & declarare libellum ad sententiam vsque, mutare verò & substantiam eius corrigere duntaxat vsque ad litem contestatam potest.

XXIX. Fides hosti data seruanda est.

XXX. Pacta de succedendo vel non succedendo super hereditate viuentis, iure ciuili non valent.

XXXI. Pactum contractibus bonæ fidei adiectum parit actionem; sed stricti iuris contractibus appositum actionem non producit.

XXXII. Pupillus absque auctoritate tutoris naturaliter obligatur.

XXXIII. Minores sine curatoribus suis rectè obligantur.

XXXIV. Prodigo non ipso iure, sed magistratus sententia bonorum administratione interdicitur, & post interdictionem promittendo, ne quidem naturaliter obligatur.

XXXV. Ex pactis adiectis contractibus bonæ fidei non competit præscriptis verbis actio, sed actio ex principali contractu.

XXXVI. Pactum contractibus adiectum de non alienando, non impedit dominij translationem, sed ad interesse agere poterit paciscens, si sua intersit non alienari.

XXXVII. Pacto vni tantùm ex heredibus cauere possumus, ut cæteris non prosit.

XXXVIII. Redditio chirographi facta à creditore debitori, inducit remissionem debiti, pignoris verò restitutio non item.

XXXIX. Nuda pacta non pariunt actionem, sed exceptionem tantùm.

XL. Ambiguum vel obscurum pactum, contra venditorem, stipulatorem, & locatorem interpretandum est.

XLI. Quilibet potest pacto iuri & fauori pro se introducto renuntiare.

XLII. Ius publicum priuatorum pactis mutari non potest.

XLIII. De crimine capitali, excepto adulterio, transigere & pacisci licet: at de crimine non capitali, excepto crimine falsi, transigere turpe & illicitum est.

XLIV. Sicut de adulterio non licet transigere, ita nec de raptu.

XLV. Transactio inter alios inita, aliis non nocet.

XLVI. Transf-

XLVI. Transactio super re certa vel iudicata fieri non potest.

XLVII. Transactio de alimentis facta, neque ad vestiariũ, neque ad habitationem pertinet.

XLVIII. Procuratores & Syndici transigere non possunt. Tutores verò & curatores sine consensu magistratus, transigendo res minorum alienare vetantur.

XLIX. Major annis XVII. potest esse procurator ad lites.

L. In capitalibus judiciis procurator ad accusandum aut defendendum interuenire non potest, nisi in casu vbi absens damnari potest, aut ad allegandas causas absentiæ.

LI. Procurator totorum bonorum non potest res domini vendere, neque transigere de rebus domini, sed procurator datus cum libera potest.

LII. Procurator ex contractibus gestis procuratorio nomine, tenetur etiam finito officio.

LIII. Procurator præcisè non cogitur dominum defendere.

LIV. Si dominus factus est non soluendo, procurator non tenetur eum defendere.

LV. In actionibus famosis procurator interuenire potest.

LVI. Qui propria auctoritate, & sine judice ius sibi dicit, vel per vim, quod suum est, vel sibi debetur, aufert, ius suum amittit.

LVII. Si dolus det causam contractui bonæ fidei, contractus est ipso jure nullus. In stricti autem iuris contractibus, siue dolus det causam, siue incidat, contractus ipso iure subsistit, sed doli actione vel exceptione dolus vindicatur.

LVIII. Actio doli non habet locum, vbi alio superest.

LIX. Vniuersitas seu Respub. ex delicto obligari & conueniri potest.

LX. Minore restituto in integrum, fideiussores non sunt restituendi.

LXI. Liberi & Liberti non restituuntur in integrũ contra parentes & patronos.

LXII. Minor XXV. annis ob iuramentum contractui appositum priuatur restitutione in integrum.

LXIII. A sententia arbitri sine pœna facto compromisso hodie non appellatur.

LXIV. Illiterati & juris imperiti iudices esse non possunt.

LXV. Minor XXV. annis, modo sit exephœbus, hoc est, annorum XVIII. judex esse potest.

LXVI. Ordinarij iudices jure ciuili recusari non possunt, licet in delegatis diuersum obtineat.

LXVIII. Iudicium de re pendenti aut futura institui non potest.

LXVII. Legati non possunt conueniri in loco legationis, ex contractu antea ibi inito, sed ius reuocandi domum habent.

LXIX. Vbi acceptum semel est judicium, ibi & finem accipere debet.

LXX. In bonæ fidei iudiciis, qui debet sub conditione vel in diem, ad præstandam cautionem ante diem vel conditionem cogi potest ex iusta causa.

LXXI. Inter patrem & filium lis nulla potest consistere.
LXXII. Executor de viribus sententiæ cognoscere & pronuntiare non potest.
LXXIII. Debitor in loco contractus conueniri potest, ibiq; se defendere debet.
LXXIV. Naturalis rei interitus post moram contingens, pertinet ad debitorem, nisi res eodem modo apud actorem peritura fuisset.
LXXV. Rei vendicatio datur contra eum qui possidet, vel detinet rem nostram.
LXXVI. Publiciana actio potest cum rei vendicatione in eodem libello coniungi.
LXXVII. Arbor alluuione in agrum alienum translata, eius fit, cuius fundo adhæret.
LXXVIII. Ad emphyteusin necessaria est scriptura.
LXXIX. Emphyteusis est contractus iuris gentium, non ciuilis.
LXXX. Emphyteusis inconsulto domino directo donari & legari potest.
LXXXI. Acquiritur emphyteusis præscriptione XXX. annorum in prædiis priuatis; in fundis verò Ecclesiæ, vel ciuitatis XL. annis.
LXXXII. Dominus non potest ob non solutum canonem, emphyteutam expellere propria auctoritate ex fundo emphyteutico.
LXXXIII. Dominus si post cessationem trienniȷ pensiones accipiat ab emphyteuta, aut si pœnam stipulatus sit, ni pensiones soluat, potest emphyteutam nihilominus expellere.
LXXXIV. Interitus totius rei emphyteuticæ spectat ad dominum: particularis verò ad emphyteutam; neque ob sterilitatem fit remissio canonis.
LXXXV. Emphyteusis inter plures emphyteutas inconsulto domino potest diuidi.
LXXXVI. Vsusfructus non dominiȷ pars est, sed seruitus est.
LXXXVII. Fructibus annuis fundi legatis, vsusfructus legatus esse censetur.
LXXXVIII. Fructus sine vsu esse non potest.
LXXXIX. Testator non potest fructuario remittere cautionem fructuariam earum rerum quæ vsu consumuntur, in præiudicium heredis.
XC. Vsufructuarius ius vindicandarum seruitutum habet.
XCI. Vsufructuarius vsumfructum alienare non potest.
XCII. Omnes seruitutes longi temporis præscriptione acquiruntur, remota distinctione DD. inter continuas, & discontinuas.
XCIII. Ad præscriptionem seruitutum non opus esse titulo, contra DVARENVM, verius est.
XCIV. Ob omnes seruitutes tā vrbanas, quàm rusticas, nouū opus nunciari potest.
XCV. Vrbanum prædium distinguit à rustico, non locus, sed materia.
XVI. Seruitutes reales sine prædiis non possunt constitui.
XCVII. Seruitutes omnes prædiales perpetuam causam habere debent.
XCVIII. Seruitus, quæ nec prædio, nec personæ vtilitatem adfert, constitui nequit.
XCIX. Ius altius tollendi seruitus est.
C. Seruitus pro parte acquiri vel imponi non potest.

CENTV-

I. ASSERTIO. SERVITVTE *imposita, ne luminibus officiatur, tam de futuris, quàm præsentibus luminibus cautum censetur.*

II. *Ad seruitutes prædiorum, neque interdictum, Vnde vi, neque Vti possidetis pertinet.*

III. *Seruitutes neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione ipso iure constitui possunt.*

IV. *Seruitute concessa, ea omnia concessa sunt, sine quibus seruitute vti non licet.*

V. *Inter seruitutes luminum, & ne luminibus officiatur, item altius non tollendi, nulla differentia est.*

VI. *Seruitute simpliciter concessa, ei electio datur, cui concessa est, per quam partem fundi seruientis velit vti seruitute.*

VII. *Scientia aduersarij in præscriptione seruitutum desideratur.*

VIII. *Iter est ius eundi ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi vel vehiculum. Actus est ius agendi iumentum, vel vehiculum. Via est ius eundi, agendi & ambulandi. Qui actum habet, & iter habet sine iumento. Via & iter & actum in se continet.*

IX. *Actio finium regundorum* XXX. *annorum præscriptione tollitur.*

X. *Tria iudicia diuisoria rectè dicuntur actiones mixtæ, tam in rem, quàm in personam.*

XI. *Familiæ erciscundæ actio semel tantùm intentari potest, & si quid indiuisum remanserit, communi diuidundo iudicio agetur.*

XII. *Diuisio hereditatis nō rescinditur, nisi læsio dimidiā iustæ portionis egrediatur.*

XIII. *Nunquam actio negotiorum gestorum, & familiæ erciscundæ ex eadem causa concurrunt.*

XIV. *Heredes etiamsi* XXX. *annos in communione steterunt, nihilominus poßunt ad diuisionem hereditatis prouocare.*

XV. *Si conuenit, vt pecuniam quam mihi debes ex causa mandati, retineas mutui nomine, mutuum contrahitur.*

XVI. *Licet pecunia gratia accipientis sit deposita, conuertenda in mutuum, tamen periculum casus fortuiti non præstatur.*

XVII. *Debitum particulariter inuito creditori solui non posse, ex communi DD. sententia adfirmo.*

XVIII. *In solutione monetæ inspiciendum est tempus contractus mutui, ac quæ quantaq; eo tempore æstimatio pecuniæ fuerit, attendendum est, nisi debitor fuerit in mora.*

XIX. *In æstimatione rei petitæ in strictis iudiciis litis contestatæ tempus spectandum est, in bonæ fidei iudiciis tempus rei iudicatæ.*

XX. Pro vino vel frumento mutuato reddi non potest pecunia, inuito creditore.

XXI. Cùm alia contractus opinione, quàm dati sunt, quis nummos accepit, vt puta si ego tibi quasi donaturus pecuniam dederim, tu quasi mutuam accipias, neque mutuum, neque donatio est.

XXII. Debitor post biennium exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere potest, dummodò exceptionem probet.

XXIII. Si pro pecunia, species vendenda data sit, vt redacta ex pretio pecunia credita sit, mutuum contrahitur.

XXIV. Actor licet ipse nihil probauerit, reo jusiurandum judiciale deferre potest.

XXV. Periurium legibus ciuilibus legitima pœna vindicatur.

XXVI. Causa iureiurando decisa prætextu periurij retractari non potest.

XXVII. In caussis criminalibus non defertur à iudice iusiurandum in supplementum probationis.

XXVIII. Ex iureiurando promissorio nulla oritur actio iure ciuili.

XXIX. Iusiurandum iudiciale etiam per procuratorem potest præstari, dominoq; prodest.

XXX. Etiam ob latam culpam iuratur in litem, & lata culpa sub dolo continetur in ciuilibus causis.

XXXI. In iureiurando in litem habetur etiam ratio affectionis.

XXXII. In contractu venditionis & emtionis non iuratur in litem.

XXXIII. In contractibus qui solius recipientis causa fiunt, leuissima culpa, in contractibus, qui solius dantis vtilitatem respiciunt, lata culpa, in iis qui vtriusque gratia fiunt, leuis culpa præstatur.

XXXIV. In contractibus nominatis non datur condictio ob rem dati.

XXXV. Si tibi pecuniam dedi, vt mihi Stichum dares, permutatio, non emtio erit, periculoq; meo Stichus erit.

XXXVI. Indebitum errore facti solutum repetitur, non errore iuris.

XXXVII. Nulla repetitio indebiti competit ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio, quàm vero debitore sit adnumeratum.

XXXVIII. Debitor qui debet alternatiuè duas res, & soluit vtrunque, eligere potest, quod repetat.

XXXIX. Condictio furtiua datur in solidum contra heredes furis.

XL. Mulier certiorata de iure suo, renuntiare potest SCto Velleiano, etiam extra iudicium.

XLI. Compensatio fit ipso iure citra factum hominis.

XLII. Commodati actioni non potest opponi compensatio.

XLIII. Speciei ad speciem siue speciei ad quantitatem, non admittitur compensatio.

XLIV. Etiam litigiosum debitum venit in compensationem.

XLV. Quæ naturaliter tantum debentur, compensantur.

XLVI. Tam

XLVI. *Tam morte mandantis, quàm mandatarij soluitur mandatum, si adhuc sit res integra.*

XLVII. *Ex ratihabitione nascitur actio mandati.*

XLVIII. *Ratihabitio retrotrahitur & mandato comparatur.*

XLIX. *Societas soluitur morte, heresq; socij in societate non succedit.*

L. *Arbitrio collato in aliquem tertium, viri boni arbitrium electum censetur.*

LI. *Socius socio tantùm tenetur in id quod facere potest.*

LII. *In pretio emtionis naturaliter licet contrahentibus se circumuenire.*

LIII. *Dissensus in materia vitiat emtionem; pignus, & stipulationem non item.*

LIV. *Emtione perfecta, ne quidem cum arrarum dispendio ab ea recedere licet.*

LV. *Perfecta emtione, quod fit simulatq; de merce & pretio conuenit, periculum rei venditæ statim ad emtorem pertinet, contra Cuiacium.*

LVI. *Vino certo in specie vendito, periculum statim emtorem respicit, nisi actum sit, vt vinum degustetur.*

LVII. *Venditor si facultatem habet rei tradendæ, præcisè ad tradendum cogi potest.*

LVIII. *Remedium l.2.C. de rescind. vendit. non habet locum in transactione.*

LIX. *Ius accrescendi non transit in emtorem.*

LX. *In contractibus ius accrescendi non habet locum.*

LXI. *Nomine venditionis non continetur omnis alienatio.*

LXII. *Pacto de retrouendendo præscribitur* XXX. *annis.*

LXIII. *Nemo inuitus cogi potest rem suam vendere, ne quidem à Principe.*

LXIV. *Venditor etsi fundum simpliciter vendat, tamen eum liberum à servitute præstare tenetur,*

LXV. *Res ex mea pecunia emta, non est mea, sed ementis.*

LXVI. *Non est necesse mercedem locationis consistere in pecunia numerata.*

LXVII. *Ex conductione decennij non transit vtile dominium.*

LXVIII. *Emtor, legatarius, & alij singulares successores, non tenentur stare locationi, nisi conuentum sit.*

LXIX. *Ex contractu Facio vt des, oritur præscriptis verbis actio.*

LXX. *Re aliena obligata creditori scienti, non conualescit pignus, dominio debitori superueniente.*

LXXI. *Species illa pignoris, quæ* ἀντίχρησις *appellatur, licet præscriptum à legibus usurarum terminum egrediatur, licita est.*

LXXII. *Inuecta in prædium vrbanum, tacitè pignori sunt obligata, non autem in prædium rusticum.*

LXXIII. *Quando nihil pactum est de distrahendo pignore, creditor nihilominus post vnam denuntiationem, pignus vendere potest.*

LXXIV. *Qui priorem habet generalem hypothecam, creditori posteriori generalem hypothecam habenti, in bonis post vtramque obligationem quæsitis præfertur.*

LXXV. *Nec vrbanæ, nec rusticæ seruitutes oppignorari possunt.*

LXXVI. *Qui ob refectionē nauis pecuniā credidit, non habet tacitam hypothecam.*

LXXVII. *Vsuræ legitimæ diuino & humano jure non sunt prohibitæ.*

LXXVIII. *Vnica interpellatio constituit debitorem in mora.*

LXXIX. *Sola oblatio sufficit ad purgandam moram, & vitandam pœnam, sed plenissimam liberationem parit oblatio, consignatio & depositio.*

LXXX. *Cùm dies & pœna est in obligatione, non admittitur purgatio moræ.*

LXXXI. *In obligationibus in diem, lapsus diei in mora constituit debitorem, nec interpellatio requiritur.*

LXXXII. *Vsuræ in stricti iuris iudiciis non nisi per stipulationem debentur.*

LXXXIII. *Sola præstatio vsurarum longo tempore facta, non inducit obligationem vsurarum in futurum.*

LXXXIV. *Pœna conuentionalis duplum excedere non potest.*

LXXXV. *Improbus fœnerator extra ordinem criminaliter puniri potest.*

LXXXVI. *In stricti iuris actionibus fructus nō veniunt nisi à tēpore litis contestatæ.*

LXXXVII. *Malæ fidei possessores non tantùm de fructibus perceptis, sed etiam percipiendis tenentur.*

LXXXVIII. *Bonæ fidei possessor qui postea cognouit rem esse alienam, cum effectu fructus suos non facit.*

LXXXIX. *Bonæ fidei possessor etiam extantes fructus industriales restuere tenetur, contra* DONELLVM.

XC. *Fructus & vsuræ legatorum à tempore moræ debentur.*

XCI. *Fratris testimonium iure ciuili non est admittendum.*

XCII. *Per rerum naturam factum negantis nulla est probatio.*

XCIII. *Ob semiplenam probationem, puta vnum testem, deferri non potest à iudice iusiurandum.*

XCIV. *Reus non tenetur actori edere instrumenta vel rationes ad intentionē suam fundandam; sed actor reo ad probandam exceptionē instrumenta edere tenetur.*

XCV. *Infames in criminalibus causis testes esse prohibentur; in ciuilibus verò causis plenam fidem non merentur.*

XCVI. *Testes cùm de fide instrumenti nihil dicitur, contra instrumentum admitti non debent.*

XCVII. *Nullus in re propria est idoneus testis.*

XCVIII. *Instrumenta privata, si non aliis adminiculis iuuentur, ad probationem sola non sufficiunt.*

XCIX. *Subditi regulariter non sunt idonei testes in causa Principis, vel ciuitatis.*

C. *Subscriptio instrumenti, non continuò obligat subscribentem.*

CEN-

CENTVRIAE TERTIAE.

I. ASSERTIO. AD matrimonium contrahendum omni jure tam diuino quàm humano, item Ciuili & Canonico, requiritur de necessitate consensus parentum in nuptiis liberorum.

II. Filia minor XXV. annis nubens sine consensu parentum potest exheredari.

III. Si quis corruptam pro virgine duxerit, matrimonium non potest rescindi.

IV. Ratihabitio patris liberorum nuptias subsequens retrotrahitur, & ab initio iustas nuptias efficit.

V. Matrimonium metu contractum ipso jure non valet.

VI. Deportatione non soluitur matrimonium.

VII. De substantia matrimonij non requiritur deductio sponsæ in domũ mariti.

VIII. Adulterio dissoluitur matrimonium, non tantùm quoad separationem thori, sed etiam quoad vinculum matrimonij.

IX. Mulier non tantùm contra tacitam, sed etiam expressam anteriorum creditorum hypothecam πρωτοπραξίας beneficio in repetitione dotis gaudet.

X. Promittens dotem incertam, efficaciter obligatur ad dotem pro modo suarum facultatum, & dignitate mariti constituendam.

XI. Filia superstitibus liberis in coniugio defuncta, dos profectitia non reuertitur ad patrem, sed manet penes maritum.

XII. Mulier naturaliter domina est dotis, maritus fictione iuris ciuilis.

XIII. Pro restituenda vel conseruanda dote maritus non est cogendus fideiussorem dare; datus tamen obligatur.

XIV. Pater filiæ tam diuiti quàm pauperi, modò legitima sit, dotem constituere cogitur, non verò naturali tantùm.

XV. Filia quæ dote accepta, nihil amplius se ex hæreditate patris accepturam promisit, ab intestato patri succedere non prohibetur, nisi pactum jurejurando confirmauerit.

XVI. Socer de dote conuentus, tantùm in id quod facere potest tenetur.

XVII. Necessarias impensas quilibet tam bonæ quàm malæ fidei possessor deducit. Vtiles bonæ fidei possessor deducit, malæ verò fidei possessor easdem aufert, si quidem sine læsione status prioris rei auferre possit.

XVIII. Tutor filiis datus, nepotibus datus non censetur.

XIX. Suspectus tutor oblatam culpam remotus non fit infamis.

XX. Testamenti factio Iuris ciuilis potius est, quàm gentium.

XXI. Filiusfa. ne de illis bonis aduentitiis quidem, quorum vsusfructus patri non quæritur, testari potest.

XXII. Contractus in testamento fieri non possunt.

XXIII. Filius

XXIII. *Filius emancipatus, sicut & frater, vxor, maritus, ministri, rectè in testamento adhibentur testes.*

XXIV. *Ex imperfecto testamento nihil debetur, nisi adiecta sit clausula codicillaris.*

XXV. *Nemo potest pro parte testatus, & pro parte intestatus decedere.*

XXVI. *Præter* XIV. *causas Nouella Iustiniani expressas, nullam aliam ob similem, aut grauiorem ingratitudinis causam, liberi exheredari possunt.*

XXVII. *Prius perfectum testamentum per posterius imperfectum non rumpitur.*

XXVIII. *Testamentum, quo postumus præteritus viuo testatore decedit, valet.*

XXIX. *Ex causa exheredationis vel præteritionis rescissa institutione, cætera testamenti firma manent.*

XXX. *Qui purè institutus, sub conditione iterum instituitur, purè institutus censetur; & qui sub diuersis conditionibus bis institutus est, vtra prior extiterit, heres erit.*

XXXI. *Heres ad certum tempus & ex certo tempore institui non potest.*

XXXII. *Si testator heredes instituit hoc modo:* Ex partibus quas adscripsero; *nullis partibus adscriptis, æqualiter sunt heredes. Si verò dixit,* Ex partibus quas adscripsi, *nullis partibus adscriptis, nulla est institutio.*

XXXIII. *Substitutio pupillaris facta puberi verbis directis, non valet, ne quidem in vim fidei commissi.*

XXXIV. *Tam per expreßam pupillarem substitutionem, quàm per pupillarem tacitam in vulgari contentam, mater à succeßione filij impuberis excluditur.*

XXXV. *Mater filiis pupillariter substituere non potest.*

XXXVI. *Nemo eiusdem hereditatis partem adire, partem repudiare potest.*

XXXVII. *Hereditas non potest acquiri per procuratorem.*

XXXVIII. *Heres sub conditione institutus pendente conditione non potest adire vel repudiare hereditatem.*

XXXIX. *Heres qui ignorat conditionem, sub qua institutus est, extitisse, non potest adire hereditatem.*

XL. *Qui metu coactus adit hereditatem, non fit heres.*

XLI. *Iussus patris in adeunda hereditate præcedere debet, sed tutoris auctoritas interpouitur perfecto negotio.*

XLII. *Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.*

XLIII. *Tutor etiam qui non gerit tutelam, pupillo hereditatem adeunti, auctor esse potest.*

XLIV. *Cuius pater est furiosus, is sine iussu eius hereditatem adire potest.*

XLV. *Heres implendo conditionem potestatiuam, sub qua institutus est, heredicatem adire potest.*

XLVI. *Cuius rei legatario non est commercium, ei inutiliter ea res legatur.*

XLVII. *Quan-*

XLVII. *Quantitas eadem sæpius legata, pluries debetur volente testatore.*

XLVIII. *Legatum in alterius liberam & meram voluntatem conferri non potest, sed in alterius voluntatem, tanquam viri boni arbitrium collatum valet.*

XLIX. *In legato generis est electio legatarij, nisi aliud testator dixerit.*

L. *Rectè definitur legatum, quòd sit donatio quædam à defuncta relicta.*

LI. *Sicuti aucto legato, quod accedit, pertinet ad legatarium, ita diminuto legato, id quod superest, debetur.*

LII. *Res hostium legari potest.*

LIII. *Legatum fundi in genere relicti, siue testator habeat fundos in patrimonio, siue non, nullius est momenti.*

LIV. *Cùm certa pecunia vel quantitas legatur tanquam corpus, pars eius pecuniæ quæ superest, debetur.*

LV. *Quando testator legat fundum sibi cum alio communem, pars testatoris propria tantùm debetur, nisi alteram partem redemit à socio; tunc enim totus fundus debetur.*

LVI. *Cui quid coniunctim legatur cum altero, qui non est in rerum natura, ei iure veteri pars tantùm debetur, iure nouo solidum.*

LVII. *Legatum alicui relictum, cùm erit annorum* XIV. *non nisi expleto anno* XIV. *debetur, estq́ legatum conditionale: vnde si ante annum* XIV. *legatarius moriatur, ad heredem nihil transmittit.*

LVIII. *Nemo potest cauere, ne leges in suo testamento locum habeant.*

LIX. *Ille agit ex legato, cuius potissimum interest, licet verba legati ad illum non sint directa.*

LX. *Legatarius qui rem sibi legatam alienari patitur, adhuc potest petere rei legatæ precium.*

LXI. *Testator si prohibuit in testamento rem alienari extra familiam, non valet alienatio, sed proximi ex familia rem alienatam vendicare possunt.*

LXII. *Incertis personis legari non potest.*

LXIII. *Ad legatum consequendum competunt legatario tres actiones, actio personalis ex testamento, rei vendicatio, & hypothecaria.*

LXIV. *Qui legat certam fructuum quantitatem, si non nascatur tantum, quantum legauit, heres ad præstationem totius tenetur.*

LXV. *Inter verbis tantùm coniunctos locus est iuri accrescendi, & re tantùm coniunctis præferuntur.*

LXVI. *Impossibilis conditio vitiat contractus; testamentis verò adiecta pro nulla habetur, salua manente institutione, vel legato.*

LXVII. *Filius fidei commisso grauatus vnum tantùm quadrantem potest detrahere, iure ciuili.*

LXVIII. *Liberi non tenentur simplicem donationem sibi à parentibus factā conferre.*

LXIX. *Fratrum filij succedunt patruo in capita, non in stirpes.*

LXX. *Donator non tenetur de euictione nisi ad eam expressè se obligauit.*

LXXI. *Donatio omnium bonorum, certaue illorum partis, valet.*

LXXII. *A reis capitalium criminum donationes facta non valent, si condemnatio sit secuta.*

LXXIII. *Donatio inofficiosa, pro modo legitimæ rescinditur.*

LXXIV. *Donatio omnium bonorum reuocatur, si donator postea suscepit liberos, siue liberto, siue cuicunque alij donauit.*

LXXV. *Donatio inter coniuges confirmatur morte donantis, etiamsi stipulatione sit peracta, & res nondum tradita.*

LXXVI. *Ius venandi feras cuiq; iure gentium permittitur.*

LXXVII. *Præda ab hostibus capta fit capientis.*

LXXVIII. *Bonæ fidei possessor naturales & industriales fructus consumtos suos facit.*

LXXIX. *Si quis ex aliena materia bona fide nouam speciem fecit, quæ ad pristinam materiam reuerti nequit, fit facientis.*

LXXX. *Thesaurus in loco publico vel religioso inuentus, pro dimidia inuentori, pro dimidia fisco cedit.*

LXXXI. *Dominium sine possessione acquiri non potest.*

LXXXII. *Vnum est tantum genus possessionis, & duo in solidum eiusdem rei possessores esse non possunt.*

LXXXIII. *In amittenda possessione non opus est animo & corpore, sed aliquando solo animo, aliquando solo corpore amittitur possessio.*

LXXXIV. *Possessio defuncti non transit ad filium sine noua appehensione.*

LXXXV. *Regulariter iudicium petitorium cum possessorio cumulari potest.*

LXXXVI. *In sequestrum non transfertur possessio.*

LXXXVII. *Infans absque auctoritate tutoris possessionem acquirere non potest.*

LXXXVIII. *Si colonus possessione decesserit, non interpellatur possessio domini.*

LXXXIX. *Creditor pignus naturaliter possidet.*

XC. *Missus in possessionem ex primo decreto non possidet, sed missus ex secundo decreto possidet: & si aduersarius est dominus, missus fit dominus; sin minus, præstatur vsucapiendi conditio.*

XCI. *Ita demum per procuratorem domino acquiritur possessio, si & dominus velit, & procurator habuerit animum domino acquirendi.*

XCII. *Procurator venditoris, si domino mortuo, ignorans eum mortuum esse, in vacuam possessionem emtorem induxit, possessionem transfert.*

XCIII. *Nulla possessio nisi animo & corpore acquiritur.*

XCIV. *Ex pluribus causis eandem rem possidere possumus, quamuis dominium non nisi ex vna causa contingat.*

XCV. *Vxor rem donatam à viro possidet naturaliter.*

XCVI. Pos-

XCVI. *Possessio non tantùm facti est, sed etiam iuris.*

XCVII. *Possessio amittitur rei depositæ contrectatione lucri faciendi causa, non inficiatione sola.*

XCVIII. *Qui precariò possidet, interdicto Vti possidetis experiri potest.*

XCIX. *Pupillus animo desinere possidere non potest, corpore potest.*

C. *Possessio per colonum, commodatarium, & depositarium, quamuis alteri locet, commodet, vel deponat, retinetur.*

CENTVRIAE QVARTAE.

I. ASSERTIO. *DVO in solidum eandem rem possidere non possunt.*

II. *Vsucapio non pugnat cum naturali æquitate.*

III. *Si quis in diuerticulo fluminis pluribus annis piscatus sit, alium eodem iure vti volentem prohiberi potest.*

IV. *Ius luendi pignoris præscriptione XXX. vel XL. annorum non tollitur.*

V. *Qui XXX. annis pensiones annuas non soluit, liberatur à præstatione præteritarum, non futurarum pensionum.*

VI. *Personales actiones amittũtur XXX annis, licet præscribens careat bona fide.*

VII. *Mala fides superueniens post impletã præscriptionẽ, non interrumpit eam.*

VIII. *In vsucapionibus dies cœptus pro completo habetur.*

IX. *Pignus à debitore creditori surreptum, vsucapi potest, hypotheca non item.*

X. *Res empta à furioso bona fide vsucapi potest.*

XI. *Vsucapione pignus non extinguitur.*

XII. *Sine possessione, eaq; continua, non procedit vsucapio.*

XIII. *Minimè probamus* Innocentii III. Pont. *rescriptum*, Ordinarium *debere iudicis delegati sententiam exequi, etiamsi sciat illam esse iniustam.*

XIV. *Sententia ex falsis instrumentis vel testibus lata, non est ipso iure nulla, sed ope restitutionis in integrum rescinditur.*

XV. *Sententia nec pro furioso, nec contra furiosum dicta, ualet.*

XVI. *Iudex iuxta litigatorum conuentionem sententiam ferre debet.*

XVII. *Sententia ita prolata*, Condemno Titium in petitis, *si probatum est eum debere, inualida est.*

XVII. *Sententia non retractatur propter instrumenta nouè reperta.*

XIX. *Iudex potest interlocutoriam sententiã mutare & rescindere, non definitiuã.*

XX. *Pacto cessioni bonorum renuntiari nequit.*

XXI. *Si dominus fundi, homines armatos, quos ad se venientes videbat, extimuerit, atque ita profugerit, vi deiectus censetur.*

XXII. *Vtile Saluianum interdictum datur creditori contra quemlibet debitorem, qui res suas pignori obligauit.*

XXIII. *Reus non tenetur satisdare in interdicto Vti posidetis, quòd actorem in futurum non turbabit.*

XXIV. *Nudo detentori non datur interdictum Vti posidetis.*

XXV. *Colono non competit interdictum Vnde vi.*

XXVI. *Actionis verbo non continetur exceptio.*

XXVII. *Exceptiones peremtoriæ non ante, sed post litem contestatam opponendæ sunt, contra* DONELLVM.

XXVIII. *Peremtoriæ exceptiones post sententiam non possunt opponi.*

XXIX. *Exceptiones dilatoriæ, qualis est procuratoria, ante litem contestatam opponi debent.*

XXX. *Actionis definitio tradita in Inst. tit. de action. tàm realem quàm personalem actionem complectitur.*

XXXI. *Actionum summa diuisio in duo genera diducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam.*

XXXII. *Actiones aliæ bonæ fidei sunt, aliæ stricti iuris.*

XXXIII. *A contractu perfecto, inuito aduersario non licet recedere.*

XXXIV. *In actionibus mixtis aut pœnalibus, si plures deliquerint, quod vnus præstitit, pœnæ nomine, non liberat alios.*

XXXV. *Quoties concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, vna tantùm quis experiri debet.*

XXXVI. *Heres ex contractu defuncti ob dolum tenetur in solidum; ex delicto tantùm in id, quod ad eum peruenit.*

XXXVII. *Diuersitas responsionis non vitiat stipulationem, si est in quantitate, sed diuersitas in qualitate & forma stipulationis vitiat, nisi complacentia accedat.*

XXXVIII. *Stipulatio impersonaliter concepta, hoc modo, Dabis? dabuntur, vtilis est.*

XXXIX. *Ex stipulatione alteri facta non acquiritur actio, nisi stipulantis intersit.*

XL. *Promittens se curaturũ, quod alius dabit vel faciet, rẽ effectui dare tenetur.*

XLI. *In obligationibus facti promissor ad factum præcisè cogitur.*

XLII. *Ex contractu procuratoris domino non acquiritur actio, sine cessione.*

XLIII. *Stipulatio sine verbis inter præsentes prolatis contrahi non potest, & per epistolam non contrahitur.*

XLIV. *Stipulatio non valet collata in arbitrium promissoris.*

XLV. *Inutilis stipulatio vim pacti non habet.*

XLVI. *Notarii, aliis stipulari, iisq; actionem acquirere non possunt.*

XLVII. *Promissio tam in dando quàm faciendo consistens transit ad heredes.*

XLVIII. *Stipulatio conditionalis est, Si petiero, decem dabis?*

XLIX. *Ex pura obligatione confestim debitum peti potest.*

L. *Conditionalis creditor etiam loco creditoris habetur.*

LI. *Duo rei debendi tenentur in solidum, etiam nouo iure.*

LII. Vno ex duobus correis debendi pro parte conuento vel soluente, nihilominus pro alia parte exigi potest.

LIII. Fideiussor qui in maiorem summam fideiussit, saltem in eam quam principalis debet, tenetur.

LIV. Fideiussoris obligatio non augetur ex mora rei, vt ad vsuras, pœnam, aliasq; accessiones teneatur.

LV. Fideiussor cuilibet obligationi accedit, etiam naturali tantùm.

LVI. Exceptiones quæ reo competunt, etiam fideiussori dantur.

LVII. Exceptiones præscriptionis, rei iudicatæ, & iurisiurandi, debitori competentes, fideiussori quoque præstantur.

LVIII. Obligationibus ex delicto fideiussor accedere potest.

LIX. Pactum de non petendo inter debitorem. & creditorem initum, fideiussori prodest.

LX. Omnium obligationum fideiußor accipi potest.

LXI. Pœnæ stipulatione non nouatur principalis obligatio.

LXII. Debitum purum stipulatione conditionali nouatur.

LXIII. Creditori inuito ante diem rectè solui potest.

LXIV. Rectè ei soluitur qui solutionis gratia adiectus est, modò post stipulationem conditio eius non sit in deterius mutata.

LXV. Aliud pro alio inuito creditori solui non potest.

LXVI. Actiones ex delictis defuncti descendentes, non dantur in heredes, nisi quatenus ad eos peruenit; non in solidum.

LXVII. Pro eodem crimine, & ciuiliter & criminaliter agi potest.

LXVIII. Pœnæ à delictis nominatim legibus sunt impositæ, neque pendent à mero iudicis arbitrio.

LXIX. Pœna in popularibus actionibus regulariter non fisco, sed actori applicanda est.

LXX. Furti actio datur etiam pro re modica.

LXXI. Furi regulariter actio furti non datur.

LXXII. Furtum iure naturæ prohibitum est.

LXXIII. Etiam furti tenetur, cuius ope vel consilio tantùm furtum factum est.

LXXIV. Cum actione vi bonorum raptorum etiam furti actio concurrere potest.

LXXV. Summæ liquidò debitæ, quæ aliter exigi non potest, furtum est illicitum.

LXXVI. Actio de tigno iniuncto datur tam contra bonæ quàm malæ fidei ædificatorem in duplum.

LXXVII. Conuicij veritas non excusat conuiciantem, quo minus iniuriarum actione teneatur.

LXXVIII. Actio iniuriarum prætoria anno continuo finitur; sed actio iniuriarum ex L. Corneliæ est perpetua.

LXXIX. *Carcer de Iure ciuili pœna non est.*
LXXX. *Etiam in meretricem nuptam adulterium committitur.*
LXXXIII. *Sponsa de adulterio potest accusari.*
LXXXII. *Immunitatem à pœna legis Corneliæ prabet corporis, non famæ, non bonorum defensio.*
LXXXII. *Homicidium per ebrietatem commissum, ordinaria legis Corneliæ pœna puniendum.*
LXXXIV. *Pœnæ legis Corneliæ subiacet, qui poculo amatorio quem interfecit.*
LXXXV. *Qui Titium interficere volens, Seium interfecit, lege Cornelia tenetur.*
LXXXVI. *Lex Iulia peculatus, non solum de pecunia ciuitatis Romanæ, sed etiam aliarum ciuitatum accipienda est.*
LXXXVII. *Regna & ditiones suas arbitratu suo Principes minuere non possunt.*
LXXXVIII. *Actus legitimi non recipiunt diem vel conditionem.*
LXXXIX. *Inuito beneficium non confertur.*
XC. *Priuilegia realia transeunt ad heredes, non personalia.*
XCI. *Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari.*
XCII. *Vtile per inutile non vitiatur.*
XCIII. *Accessorium sequitur naturam principalis.*
XCIV. *Qui tacet, consentire videtur.*
XCV. *Infamibus portæ dignitatum non patent.*
XCVI. *In testamentis plenius voluntates testantium interpretamur.*
XCVII. *Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.*
XCVIII. *Fauorabiliores Rei potius, quàm Actores habentur.*
XCIX. *Semper in obscuris quod minimum est, sequimur.*
C. *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis conualescere.*
CI. *Feudum antiquum, propter delictum in extraneum perpetratum, amissum, deuoluntur ad collaterales agnatos, propriores in gradu.*

INDEX

INDEX ASSERTIONVM CONTROVERSARVM,

quæ in hoc libro tractantur.

CENTVRIAE PRIMAE.

XIX. *Trans-*

XIX. *Transactio de crimine falsi Iure ciuili licita est.*

XX. *Transactio post rem judicatam interposita non valet.*

XXI. *Pactum inter Aduocatum, & clientulũ de quota litis initum, jure non valet.*

XXII. *Spurii non sunt infames.*

XXIII. *Infames iure ciuili possunt esse procuratores.*

XXIV. *Procuratoris apocha de recepto, præiudicat domino.*

XXV. *Procurator ad certam litem datus non solum appellare, sed etiam appellationem prosequi tenetur.*

XXVI. *Quando dubitatur de mandato procuratoris, tunc admittitur cum cautione de rato.*

XXVII. *Maritus potest esse procurator vxoris, etiam sine mandato, dummodò caueat de rato.*

XXVIII. *Minor 25. annis Iurisperitus læsus ex contractibus, in integrũ nõ restituitur.*

XXIX. *Minor in delictis non restituitur in integrum.*

XXX. *Aduersus præscriptionem non competit majoribus 25. annis restitutio in integrum, ex causâ justæ & probabilis ignorantiæ.*

XXXI. *Licitum est Christianis exercere iudicia.*

XXXII. *Cæcus iudex dari potest.*

XXXIII. *Ii quibus mandata est iurisdictio, iudicem dare possunt.*

XXXIV. *Legitima liberorum à Iure gentium orginem traxit, modum & quantitatem à iure ciuili habet.*

XXXV. *Legitima relinquenda est titulo Institutionis, non Legati, fideicommissi, aut donationis titulo.*

XXXVI. *Legitima parentum non est aucta, vt liberorum.*

XXXVII. *Petitio hæreditatis non datur contra titulo possidentem.*

XXXVIII. *Nullum est directum dominium, nullum vtile.*

XXXIX. *Malæ fidei possessor necessarias impensas repetit.*

XL. *Vnusquisque rerum suarum dominus est, etiam abutendo.*

XLI. *Emphyteusi per mortem emphyteutæ, ipsiusq; Liberorum reuoluta ad dominum, non tenetur eam dominus proximiori agnato dare.*

XLII. *Emphyteuta ob non solutum canonem per triennium, feudo emphyteutico licitè à domino expelli potest.*

XLIII. *Ex contractu emphyteutico oritur actio emphyteuticaria.*

XLIV. *Emphyteuta longissimo tempore acquirere non potest directum dominum, si non soluerit domino canonem.*

XLV. *Emphyteusi finita sine culpa emphyteutæ, meliorationes pertinent ad dominum directi dominii.*

XLVI. *Emphyteuta si triennio cononem non soluerit, postmodum oblatione facta, moram purgare non potest.*

XLVII. *Vsus-*

XLVII. *Vsusfructus est ius vtendi fruendi rebus alienis, salua rerum substantia.*

XLVIII. *Vsusfructuarius naturaliter possidet vsumfructum.*

XLIX. *Vsufructuarius omnium bonorum non tenetur ad æs alienum soluendum.*

L. *Vsufructuarius non cauere, sed satisdare tenetur, se vsurum fruiturum boni viri arbitrio, & cum vsusfructus finitus erit, se restituturum, quod inde extabit.*

LI. *Qui habet seruitutem riui, potest ex terreno riuo lapideum facere.*

LII. *Diuisio hæreditatis, vt maior frater diuidat, minor eligat, juri Ciuili non est consentanea.*

LIII. *Contractus est duorum pluriumue in idem consensus & conuentio, ad constituendam obligationem efficax.*

LIV. *Etiam iure Canonico reperiuntur aliqui contractus stricti iuris.*

LV. *Præsides prouinciæ mutuam pecuniam dare, fœnusue exercere prohibentur, mutuam tamen pecuniam licite sumere poßunt.*

LVI. *Minor sine auctoritate Curatoris iusiurandum deferre potest.*

LVII. *Fideiußoris jusiurandum Reo prodest.*

LVIII. *Christianus bona conscientia iuramentum præstare potest.*

LIX. *Iuramenta per vim & metum extorta etiam à maioribus 25. annis, nullius sunt momenti.*

LX. *Promissio per fidem Christianam facta, iureiurando æquiparatur.*

LXI. *Actori in infinitum in litem iurare licet.*

LXII. *Filiusfam. SCTO Macedoniano renunciare non potest.*

LXIII. *Sequestratio regulariter iure prohibita est.*

LXIV. *Pro re apud sequestrum deposita, finita sequestratione, restituenda, competit deponenti actio depositi sequestraria.*

LXV. *Deportatus siue excommunicatus mandatum contrahere non potest.*

LXVI. *Mandatarius, vltrà id quod mandati fines excedens, vtiliter gessit, habet actionem negotiorum gestorum.*

LXVII. *In ementis vel vendentis arbitrium collata emendi conditione, venditio nulla est.*

LXVIII. *Ius retractus in re creditori à Iudice adiudicata locum non habet, sicut nec in re donata.*

LXIX. *Ex pacto de retrouendendo oritur tantum personalis, non realis actio.*

LXX. *Venditor læsus vltra dimidium iusti pretii, actione ex vendito rescindit venditionem, daturq́; hoc beneficium etiam emtori.*

LXXI. *Casus fortuitus in re locata contingens, pertinet ad locatorem, non ad conductorem.*

LXXII. *Contractus locationis & conductionis transit ad hæredes tam locatoris quam conductoris.*

LXXII. Conductor si vnius anni pensionem non soluit, potest expelli domo conduct â

LXXIV. Fructuum perceptorum periculum ad colonum pertinet.

LXXV. Repressaliæ ritè concessæ omni iure sunt licitæ.

LXXVI. Bona minorum 25. annis non censentur tacitè hypothecata pro pensione domus.

LXXVII. Pactum legis commissoriæ in pignoribus est reprobatum,

LXXVIII. Creditori non licet propriâ authoritate auferre pignus.

LXXIX. In prætorio pignore non attenditur prioritas temporis, sed bene in iudiciali pignore.

LXXX. Illata & inuecta à secundo conductore in ædes conductas, primo locatori tacitè obligantur, pro eâ summâ quâ ipse conduxit, & secundus conductor primo locatori soluendo liberatur.

LXXXI. Etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri potest,

LXXXII. Generalis hypotheca prioris creditoris præfertur speciali posterioris.

LXXXIII. Vsura est accessio sortis seu quantitatis.

LXXXIV. Vsuræ debentur ex mora, in bonæ fidei contractibus.

LXXXV. Actori incumbit onus probandi, non autem reo.

LXXXVI. Homo præsumitur viuere usque ad centum annos.

LXXXVII. Scriptura regulariter non pertinet ad essentiam, sed ad probationem contractuum.

LXXXVIII. Scripturæ diuersæ & contrariæ, ab eadem parte prolatæ, fidem sibi inuicem derogant.

LXXXIX. Latior declaratio assertionis LXXXVII. quod instrumenta & scripturæ non pertinent ad substantiam contractuum, sed ad probationem.

XC. Mulier in criminalibus causis testis esse potest,

XCI. Parentes & liberi neque pro se, neque contra se testimonium dicere possunt.

XCII. Neque testi iniurato creditur, neque vni testi fides habetur.

XCIII. Omnis iudex potest testem qui apud se falsum testimonium dixit, pro qualitate criminis punire.

XCIV. Rusticitas in delictis regulariter non excusat, neque iuris ignorantia prodest rusticitati.

XCV. Nuptiæ siue matrimonium est viri & mulieris coniunctio, consortium omnis vitæ, indiuiduam vitæ consuetudinem continens.

XCVI. Matrimonii institutio iuris est naturalis & diuini, nullaque lege vsus coniugii prohiberi potest, etiam ministris ecclesiæ.

XCVII. Liberi naturales per subsequens matrimonium legitimantur: etiamsi dotalia instrumenta non interuenerint.

XCVIII. Sponsi de præsenti non aliter participant lucra dotalia, nisi deductio in domum sit secuta, vel matrimonium copula fuerit consummatum.

XCIX. Poly-

XCIX. *Polygamia omni iure tum diuino tum humano prohibita est.*
C. *Matris & tutorum consensus non requiritur de jure ciuili in sponsalibus & nuptiis pupillæ.*

CENTVRIAE SECVNDAE.

I. ASSERTIO. Dos *non pertinet ad substantiam matrimonij, nec ob dotem promissam non solutam maritus vxorem expellere potest.*
II. *Dos ab hæredibus mariti propter adulterium mulieris retineri non potest.*
III. *Tutela est vis, ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui per ætatem defendere se nequit, iure ciuili data & permissa.*
IV. *Tutor emere rem pupilli prohibetur.*
V. *Imperitus literarum excusatur à tutela.*
VI. *Tutor statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri: post tempus autem aut per epistolam eius auctoritas interposita, nihil agit.*
VII. *Tutor de rebus pupilli transigere potest.*
VIII. *Testamentum est voluntatis nostræ iusta sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri velit.*
IX. *Testamentum ad alterius interrogationem conditum non valet.*
X. *Testamentum patris inter liberos absque testibus confectum valet.*
XI. *Nuda voluntate testatoris non tollitur testamentum.*
XII. *Testamentum tempore pestis coram quinque testibus conditum, non valet.*
XIII. *Nemo potest hæredi suo testamenti factionem adimere.*
XIV. *Testator prohibere potest ius accrescendi.*
XV. *Conditio testium in testamentis spectatur tempore conditi aut signati testamenti.*
XVI. *Non tantum annulo, sed etiam alio quouis sigillo characterem habente, testamentum signari potest.*
XVII. *Filiusfamilias ne quidem consentiente patre testamentum facere potest.*
XVIII. *Heredis appellatio nō solū ad proximū haredē, sed & ad vlteriores refertur.*
XIX. *Institutis iis hæredibus, qui de iure ciuili institui non possunt, hereditas non ad fiscum defertur, sed ad hæredes ab intestato pertinet.*
XX. *Institutio hæredis facta sub turpi demonstratione vitiat institutionem.*
XXI. *Quæ institutio, item quod legatum ab initio non constitit, ex post facto non conualesunt.*
XXII. *Milites coram testibus saltem duobus, testamentum sine scriptis condere possunt.*
XXIII. *Hæreditas non adita ad hæredes non transmittitur.*

XXIV. Iuri adeundi hæreditatem triginta annis præscribitur.

XXV. Filius viuo patre non est dominus bonorum paternorum.

XXVI. Hæredes tenentur ad defuncti debita exoluenda, pro portionib⁹ hæreditarijs.

XXVII. Codicilli nullam solennitatem ordinationis desiderant.

XXVIII. Rei legatæ dominium acquiritur legatario statim ab adita hæreditate.

XXIX. Legata relicta ab instituto, à substituto tacitè repetita censentur.

XXX. Legata & fidei commissa in testamento non solenni relicta, ne quidem naturaliter debentur.

XXXI. Clausula hæc, si nõ sequar iuris solemnitatẽ &c. non inducit fidei cõmissum.

XXXII. In legatis posterior voluntas potior est piore.

XXXIII. Testator Trebellianicæ deductionem prohibere non potest.

XXXIV. Sumptus studiorum à filio post mortem patris facti, de suis propriis bonis, non ex communi hæreditate solui debent.

XXXV. Habitationis facultas alicui donatione concessa, morte donatoris finitur.

XXXVI. Donatio non reuocatur, etiam si donatarius inopi donatori non præstet alimenta.

XXXVII. Bonæ fidei possessor non tenetur ad restitutionem fructuum consumptorum, licet ex iis factus sit locupletior.

XXXVIII. Traditionibus & vsucapionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur.

XXXIX. Ministri ecclesiæ bona propria habere & posidere possunt.

XL. Aluei mutatio transfert dominium, sed sola inundatio dominium agri non mutat.

XLI. Vsucapio est adiectio dominii, per continuationem possessionis, tèmporis à lege definiti.

XLII. Ad vsucapionem perficiendam titulus est necessarius.

XLIII. Contra ciuitatem non currit nisi centum annorum præscriptio in rebus hæreditariis, item legato, donatione, & venditione ciuitati acquisitis.

XLIV. Res inter alios iudicata aliis nec nocet, nec prodest.

XLV. Iudex certæ rei vel pecuniæ sententiam ferre debet, etiamsi de incerta quantitate sit actum.

XLVI. Confessus in iudicio pro condemnato habetur.

XLVII. In interdicto vti posidetis, cum ambo æqualem possessionem vel titulum probant, cumque pares sunt vtriusque probationes, iudex vel neutri possessionem adiudicabit, vtrumque ab ea exire iubendo, vel singulis dimidiam partem possessionis adiudicabit.

XLVIII. Omnia interdicta de possessione vel quasi obtinenda competunt.

XLIX. Pœna constitutionis l. si quis in tantantam. C. vnde vi. etiam tenentur fœminæ, minores, rustici.

D. Præ-

L. *Prædoni competit interdictum, vnde vi, etiam cum ab ipso rei domino spoliatur.*

LI. *Vim vi repellere licet, modo fiat incontinenti, & cum moderamine inculpatæ tutelæ.*

LII. *Exceptiones non numeratæ pecuniæ, & diuisionis, sunt perpetuæ & peremtoriæ: exceptio verò ne quis conueniatur vltra id quod facere potest, temporalis & dilatoria est.*

LIII. *Actio est ius persequendi in iudicio quod sibi debetur.*

LIV. *Nuda actio non constituit aliquem debitorem.*

LV. *Actiones sunt iuris ciuilis, nomen autem actionis in libello exprimere non est necesse.*

LVI. *Quoties ex pluribus caussis quid debetur, & quod solutum est omnibus summis non sufficit, tunc in grauiorem causam solutum censetur.*

LVII. *Furta non iure ciuili scripto, sed ex consuetudine laqueo puniuntur.*

LVIII. *Actio iniuriarum qua agitur ad palinodiam seu recantationem iniuriæ, ciuilis est, non criminalis.*

LIX. *Crimen stellionatus infamat, si cum alia ciuili actione concurrat.*

LX. *Reus accusatus in criminalibus causis, præcedente iuramento calumniæ de veritate dicenda, positionibus accusatoris respondere non tenetur.*

LXI. *In criminalibus iudiciis ex solis præsumtionibus nemo condemnari potest.*

LXII. *Etiam inuoluntaria quædam delicta coercentur.*

LXIII. *Etiam cœptum, nondum consummatum crimen punitur.*

LXIV. *Si quis ex domo inimici sui euaginato & sanguinolento profugit gladio, mox repertus sit vulneratus & interfectus, hoc sufficiens indicium est ad inducendam condemnationem.*

LXV. *Mandans aliquem vulnerari, si sequatur mors ex vulnere, non tenetur pœna ordinaria legis Corneliæ, sed arbitraria.*

LXVI. *Confessio vulnerati in articulo mortis, non est sufficiens indicium ad torturam.*

LXVII. *Fures de se confessi, non debent de sociis per torturam interrogari.*

LXVIII. *Iudex in arbitrariis criminibus potest imponere pœnam mortis.*

LXIX. *Furiosus de delicto ante furorem commisso puniri potest.*

LXX. *Pœna non est minuenda ob id, quod à longo tempore delictum perpetratum fuit.*

LXXI. *Pœnæ capitalis appellatione vel mors vel deportatio continetur.*

LXXII. *Pœna non debet egredi delinquentem, sed suos debet tenere auctores.*

LXXIII. *Ab interlocutoria sententia non appellatur.*

LXXIV. *In criminalibus causis etiam admittitur appellatio.*

LXXV. *Bella iure diuino inter Christianos licita sunt.*

LXXVI. *Duella iure diuino & humano prohibita sunt.*

LXXVII. *Qualibet ciuitates tempore necessitatis subditis collectas imponere possunt.*

LXXVIII. *Ecclesiarum ministri ab ordinariis tributis & oneribus publicis non sunt immunes.*

LXXIX. *Absens ex pollicitatione non obligatur.*

LXXX. *Fabulosa donatio Constantini Magni, Imperat. qua Pontifici Syluestro vrbem Romam, cæterasque Italiæ prouincias falso donasse fertur, jure non fuit licita.*

LXXXI. *Iure naturali, & ciuili fœminæ sunt regni capaces.*

LXXXII. *Libri feudorum habent auctoritatem legis generalis.*

LXXXIII. *In feudis non acquirit filius familias vsum fructum patri.*

LXXXIV. *Minor sine auctoritate curatoris potest de antiquo feudo inuestire.*

LXXXV. *Fœmina feudum dare potest.*

LXXXVI. *Duobus inuestitis de feudo, is præfertur cui prius possessio feudi tradita est.*

LXXXVII. *Clerici in feudis non succedunt.*

LXXXVIII. *Fœminæ in feudo emtitio non succedunt.*

LXXXIX. *Feudo alienato à vasallo sine consensu domini, ne quidem triginta vel quadraginta annis præscribitur directum dominium in præiudicium domini.*

XC. *Vasallus sine venia Dominum feudi in ius vocare potest.*

XCI. *Mutus, cæcus, surdus, furiosus, vel aliter imperfectus in feudo non succedunt.*

XCII. *Liberi legitimati per subsequens matrimonium, in feudo non succedunt.*

XCIII. *Vasallus tenetur dominum feudi in bello iuuare, etiam contra patrẽ suum.*

XCIV. *Vasallus habet interdictum vnde vi contra dominum spoliantem se possessione feudi.*

XCV. *Frater fratri in feudo nouo non succedit.*

XCVI. *Vasallus feudum refutare potest sine consensu domini.*

XCVII. *Feudo alicui inconsulto domino extra familiam legato, ne quidem æstimatio debetur.*

XCVIII. *Pater vni ex filiis feudum prælegare non potest.*

XCIX. *Feuda inter plures cohæredes diuidi possunt, etsi vnus ex consortibus tantum voluerit.*

C. *Feudi substantialia pacto tolli, vel mutari non possunt.*

In

In legum conciliationes
à Clarissimo Viro
EVERARDO BRONCHORSTIO,
primario Antecessore, iterum editas, communiumque opinionum & rerum iudicatarum accessione auctas,
PETRUS CUNÆUS I.C.

IN iure dando cum foret mortalium
Dissentientum summa discrepantia,
Tandem ipsa leges condidit necessitas,
Quæ rite scriptæ semper uno civibus
Loquerentur ore, iusque certum redderent.
Sed has ut ingens ille Iustini nepos
Conferri in unum iussit, & seclum suum
Primus beauit dono inæstimabili,
Consarcinator in graui culpa fuit
Tribonianus, cuius insolens manus
Hinc inde multa transtulit, quæ verius
Congesta, quàm Digesta, nominaveris.
Hinc sanctiore iuris in volumine
Nox sæpe densa, sæpe contradictio,
Et mille rerum vortices sunt, quos prius
Tot inter ævi grandiora nomina
Nemo universos vicerat feliciter:
Vis celsa donec inclyti BRONCHORSTII
Emensa latè est quidquid hoc erat rei,
Legesque rursus duxit ad concordiam,
Tenebrisque iuris prætulit claram facem.
Hanc antè partam gloriam recente nunc
Laude aggerare maximus parat senex,
Postquam hisce chartis explicatioribus
Res iudicatas addit, & communium
Opinionum casibus super fori
Apices feraci pectoris promit sinu.
Sic expedivit quidquid ante defuit
Cœpto priori. Scrupulos legum parum est
Monstrasse, iura ni recepta iunxeris.

In

In Centurias

Clarißimi & Celeberrimi I C.

EVERARDI BRONCHORSTII,

tertia iam parte auctiores.

DVx magne Themidis, regula antecessorum,
Quot nunc vbique ius reconditum pandunt,
Et non inertem dirigunt iuuentutem;
Quis non Mineruæ cœpta & inclytos ausus
Tuæ stupescat, quos virentibus canis
Consperſus auges? non, vt Hercules, tantum,
Terræ vniuersæ circulator & ponti,
Cœlum labores per duodecim scandit;
Sed multa per Centena, & alia Centena,
Aggressus acri mente, & ardua cura,
Finire amîca pace, bella tot legum,
Et ante nulli dissolubiles nodos.
Hoc efficacis spolia vincit Alcidæ:
Hìc antecedis, quicquid antecessorum est.
At nos precamur, quotquot vnice cordi
Decus Lycei est, sæculi aut decus nostri,
Aut Batauа tellus; vt, quot hactenus nobis,
Dux magne Themidis, dux & antecessorum,
Illa erudita, perpetimque victura
Domino superstes Musa, Centurias scripsit;
Tot det Chiliadas: posterique venturi,
E constituto iure, & optime vnito,
Annos tibi vni computent Sibyllinos.

DANIEL HEINSIVS
ex tempore.

V.C. Everardi Bronchorstij ICti
ENANTIOΦANΩN SEX LIBRIS
Elogium, & INVIDIÆ laqueum vovet ac mandat

PETRVS SCRIVERIVS.

Diiudicandis litibus quisquis sedes
Auditor, ad luenda natus iurgia
Legicreparum & vulturum forensium:
Et qui recenses, quiq; castigas dolos,
Reosq; plectis urna quos expresserit:
Tuq; adeo alumne Iuris, & cultor Dices,
Ad Vlpiani qui lucernam Bartolum
Legis, colisq; puriùs divam Themin:
Adeste. lætis involate dexteris
Sinibusq; totis Antecessorum iubar.
Adeste, adeste. nam tibi hæc, tiro; tibi
Hæc scripta, Iudex; publicoq; commodo.
Quamcunque legem spissa caligo alligat;
Veróque quidquid creditur contrarium
Pariterq; pugnax, protinus BRONCHORSTIVS
CONCILIAT *acer, & tenebras discutit.*
DIGESTA *multis involuta noctibus,*
Tribonianis inq; nexa oraculis,
Interpretata ASSERTIONIBVS *novis,*
Et luculentis aucta quæstionibus.
Adeste, adeste. en ista MISCELLANEA,
Non ludionum regna; sed, Iudex, tuum,
Tuumq;, tiro. nam simul Scholæ ac Foro
Bronchorstianus semper insudat labor.
Hoc iuvenis egit, hoc agit crudus senex,
Pubi Batavæ destinatus arbiter,
Ductorq; longos nunc per annorum gradus:
Suadæ medulla, corculum prudentiæ,

Amœnitatum cella promptuaria,
Miscere rebus seriis gnarus iocos,
Salibusq; nostrum temperare Scævolam.
Adeste. vobis, heic quod antiquo-novum
CVRIS SECVNDIS *editur venustius,*
Commendo. vestram poscit hoc opus manum.
Hoc volvite, ac revolvite ingenti bono,
Mirabilique fruge. Quid moramini?
Hoc volvite, inquam, quotdiebus sedulò;
Quotnoctibusq; sedulò revolvite.
Hic, hic pererret perpes omne pulpitum,
Nec inseratur (turpe) nidulo liber.
Hac fine nullus prodiit certissimus
ASSERTIONVM *bis-tricenarum pater.*
Non rosit ungues, aut momordit pollicem
Hac fine Civis inclytus Tubantium,
Idemq; sidus fulgidum Bataviæ:
Sed scripsit, ut legatur. hæc merces viro;
Vnum hoc laboris præmium, ac solatium.
At tu, maligne, comprime iratam manum,
Dentemq;, Livor, abstine: & Famæ sacram
Putato chartam: Deinde & auctori scias
Non deesse nasum; nec litandum Gratiis,
Vrbanus ut sit. si sapis, noxam cave.
Temerè haud lacesses acrimoniam viri:
Agnatus illi vindicis linguæ lepos.
Palam ergo seu quis, sive clam dolo malo
In hos libellos strinxerit convicium,
Stiliq; acumen; invidus pœnas luet,
Veroq; victus protinùs causâ cadet.
Non arma ponit dia mens BRONCHORSTII,
Quin hostium redhostiat ferociam
Pari monetâ, mutuisq; honoribus;
Ex talione felle libero madens.
Gratis pacisci transigiq; res nequit.
Inultus illum riserit nemo malus:
Laudare possit nec satis quisquam bonus.

cIↄ Iↄc XXI. *V.C.*

V.C.

D.D. E. BRONCHORSTIO,

Viro in Iurisprudentiâ Roscio,

Antecessori Honorario,

CONTROVERSIARVM, siue ΕΝΑΝΤΙΟΦΑΝΩΝ citra controuersiam eruditissimarum Centurias in lucem remittenti, manuque mittenti, æternanti.

SCripta virumque cano, qui quondam clarus ab oris
Tum Dauantriacis Batauas aduenit Athenas,
Lugdunum, celebres Belgi florentis Athenas,
Tempore quo Batauæ Doctorem Iuris Athenæ
Præclarum votis ardentibus exoptare,
Aut Roscii genus eximium, diuique nepotem
Nasicæ, eloquij Suadam, Iurisque medullam;
Cælesti, ecce, Deæ genua incerare Mineruæ
Ipsa, atque Aonides votum vouere Sorores.
Hunc, ecce, illa litata virum Dea corculum Olympo
Mittere Battauicæ genti gestire nepotem,
Errantem Nasicæ animam, quæ corpore dudum
Exuta heu! lustris tot iam labentibus, æuo
Hoc felice viri migrare in pectora visa est.
Non mihi si centum linguæ sint, oraque centum,
Ferrea vox, nostri Nasicæ dicere laudes,
Dignaque sideribus præconia tollere possem!
Quis bona tot raras habitantes pectora dotes,
Tamque animi niueos habitantes pectora census,
Diducto ingenuosque exponat carmine mores,
Aureolo seclo dignos, aurique metallo;
Virtutemque viri ingenuam: quis regna loquendi,
Ingenijque almas claris cum dotibus artes!
Rara cui quædam cælestis pignora mentis
Nascenti obtigerunt, summam subuectus in arcem
Eloquij, Iuris proceres, Legumque peritos

 Linque-

Linqueret à tergo positos longo interuallo,
Et veluti ex alto summi Iouis armiger ales
Læuas despiceret volucres, turbamque volantum,
Cuius opes genij, ingenui ac candoris amandas
AEternùm venerabor ouans; quem proxima diuis
Vulgi à carceribus melior doctrina redemit.
Flumina tu veterum natus fœcunda referre
Doctorum, genios sermonis versus ad omnes.
Te conante oris proprias recludere dotes,
Palladis attonitæ voce insonuere cauernæ,
Marmora Palladij præclarâ rumpere voce,
Audiri ingenuæ mellita tonitrua linguæ,
Qualia fulminii Demosthenis illa, sed iisdem
Mellifluâ Sirene intermodulante Periclis.
Hic vir, hic est, Batauæ non infima gloria Leidæ
Vestra, vir hic, quo cum Argolicis contendere Athenis,
Quo cum gente ingente Vrbis concurrere possis.
Alter Scipiades, seu Scæuola, siue Cethegus,
Flos illibatus populi, Suadæque medulla,
Scæuola BRONCHORSTI *(quem secula prisca superbo*
Elogio eloquij, Iurisque extollere ad astra,
Iurisprudentum summum, Suadamque Loquentum.
Cui virtute parem non tempora prima dedere,
Nec ventura dabunt, redeant licet aurea in orbem
Secula Saturni, te excepto) Scæuola noster;
Quisnam iit infiicas? res ipsa, & Scripta loquuntur,
Scripta recocta, incude recusa, politaque ad vnguem!
Vitâ functorum non indignissima Scripta!
Aurea, Mæonidi cantu resonanda poëtæ!
Quis viles hederas preciosis addimus, eheu
Nos viles animæ! nati felicibus ouis,
Diisque sati digno æternarint carmine vates!

Amoris honorisque ergò posui
H. DELMANHORSTIVS. M.D.

CEN-

CENTVRIÆ PRIMÆ ΕΝΑΝΤΙΟΦΑΝΩΝ

ASSERTIO I.

Ius à iustitia appellatum est.



ÆC etymologia iuris traditur ab Vlpiano *in l.1. ff. de iust. & iu.* Quæ tamen notatio seu definitio nominis duobus argumentis impugnatur.

Primò adversatur, quòd ex Grammaticorũ præceptis derivata & composita à suis primitivis & simplicibus denominantur. Ideoque quia iustitia vocabulum est compositum, dictum ex eo quod ius seu vim sistat, ius verò simplex, potius iustitia à iure derivatur.

Secundò Ius in mente humana natum est, & à prima creatione authore Deo in animis hominum infusum. Iustitia verò est virtus, quæ longo usu & exercitatione acquiritur. Ergo ius prius est iustitia. Notitiæ enim priores sunt habitu.

Respondeo ad primum argumentum. Non voluit I C. hîc Grammaticam nominis notationem inculcare, sed potius hæc est Logica sive Dialectica notatio, considerans productionem seu derivationem rerum. Ius siquidem à iustitia, velut à causa, materia scilicet, forma ac fine suo deducitur, *Wes. in parat. ff. de iust. & iu. nu. 14.* Quod ad alterã obiectionẽ attinet, ita respondendum est. Ius hîc non accipi pro communibus æqui & boni, iusti ac iniusti notitijs, mentibus hominum innatis, sed pro doctrina & arte iuris, libris I C^rum^ comprehensa. Vnde sequitur hanc definitionem nominis statim definitio rei *in d. l. 1.* quòd Ius sit ars æqui & boni. Itaque quatenus ius pro arte & doctrina iustitiæ sumitur, cuius regulas & præcepta proponit, ius à iustitia rectè appellatum censetur: quia artium nomina ab ijs rebus, quarum præceptiones artibus continentur, appellari solent. Sic Grammatica à literis, Arithmetica à numeris, Geometria à ponderibus & mensuris denominatur. *Gouean. lib. 1. Var. lect. in c. 18.*

ASSERTIO II.

Iustitia est cõstans & perpetua voluntas, ius suũ cuique tribuens.

PROPONITVR hæc definitio ab Vlpiano *in l. 10. ff. de iust. & iu.* & inculcatur ab Imp. Iustiniano, *in Institut. eo. tit.* Verùm contra eam rectè

ita argumentabitur aliquis. Iustitia non verè & convenienter dici potest perpetua & immutabilis voluntas, quia nemo est ita ab animo comparatus, ut perpetuò & constanter velit cuique ius suum tribuere. Homo enim habet lubricos affectus, quibus impulsus, à iustitiæ formula interdum declinat. Respondendum breviter & apertè, quòd iustitia hîc definiatur prout est in abstracto; non in concreto, hoc est, quatenus iustitia per se consideratur, non quatenus homini inest. Sic Aristides quanquam est iustus, non tamen est iustitia in eo immutabilis. Et quamvis homo subinde à recto tramite iustitiæ deflectat, non tamen hoc fit vitio iustitiæ, sed hominis depravata natura. Neque iure aut merito quis Vlpianum reprehendat, ac ambitiosius fecisse causetur, quòd iustitiam definiat, quam non modò consequi, sed ne sperare quidem liceat. Nam tametsi veri iuris germanæque iustitiæ solidam & expressam effigiem nullam tenemus, sed umbra & imaginibus tantùm utimur, ut ait Cicero, non ideò tamen minus veram & germanam iustitiam definire, atque velut scopum imitandum, & assequendum nobis proponere debemus. *Pulchrè Contius in notis ad Institut. tit. de iust. & iur. Faber in Iurisprud. Papiniani, in definitione iustitiæ. princ. 4.*

ASSERTIO III.

Vnicum est ius naturale, unicumque ius gentium, explosa DD. distinctione inter primævum & secundarium ius.

TRIPLEX divisio iuris à I C^tis est tradita, & in libros iuris Romani relata, nimirum quòd Ius sit aut naturale, aut gentium, aut civile. *§. fi. Inst. de iust. & iu. l. 1. §. 1. ff. eo.* Ius naturale est, quod ex naturæ inclinationibus, quæ nobis cum cæteris animantibus sunt communes, proficiscitur: Licet enim bruta animantia rationis, & proinde iuris, quod à ratione oritur, sint expertia; tamen quæ bruta faciunt incitatione & instinctu naturæ, ea si homines adhibita recta ratione faciant, iure naturali facere censentur. *Cuiac. in notis Inst. tit. 2. Govea lib. 1. Var. Lect. iur. c. 19.* Huius iuris exempla sunt, ordinata maris & fœminæ coniunctio, liberorum procreatio, educatio, & successio. *d. l. 1. l. scripto. ff. Vnde lib. l. ult. C. de alen. lib.* Item custodia & defensio vitæ, propulsatio violentiæ, communis omnium possessio, & omnium una libertas. *c. ius naturale, dist. 1. l. 3. & 4. ff. de iust. & iu.* Ius gentium est, quod naturali ratione constitutum, & omnium gentium consensu ac moribus approbatum & receptum est. *l. omnes populi. 9. ff. de iust. & iu.* Ex hoc iure, distinctiones dominiorum,

rum,

rum, contractus & obligationes, item bella, captivitates & servitutes introducta sunt. *l.4. & 5. ff. de iust. & iu.*

Contra hanc ICrum distinctionem, aliam vulgò interpretes excogitarunt, qua ius naturale, item gentium, aliud primævum, aliud secundarium appellant. Ius naturale primævum statuunt, quod omnibus animantibus commune est. Ius naturale secundarium, seu ius gentium primævum vocant, quod natura homini in prima creatione insevit, ut sunt normæ & discrimina honestorum & turpium. Cuius exempla sunt, religio erga Deum, pietas in patriam & parentes, alterum non lædere, neminem locupletari debere cum alterius iactura. *l.2. ff. de iust. & iu. l. nam hoc. ff. de cond. inde.* Ius gentium secundarium dicunt, quod non à simplici ratione naturali proficiscitur, sed per ratiocinationem, usu & humanis necessitatibus exigentibus, homines communi consensu constituerunt. Cuius iuris sunt bella, servitutes, distinctiones dominiorum, & contractus. *Latè Mins. ad §.1. Inst. tit.2.* ubi hanc distinctionem DD. in scholis receptam esse inculcat. Verùm licet hæc distinctio commodioris doctrinæ gratia tolerari possit, tamen si ad exactam iuris rationem & veritatis trutinam revocetur, vera non est: alioqui mancus & imperfectus esset Vlpianus *in d.l.1.* ubi unicum ius naturale, & unicum ius gentium statuit. Causam receptæ distinctioni DD. dedit, quòd cùm ius gentium dicatur naturali ratione constitutum, tamen multa sunt iuris gentium, quæ iuri naturali adversantur & repugnant, vt sunt bella, & servitutes, res rationi naturali maximè contrariæ, cùm natura omnes homines ab initio liberos procreaverit. *§. Ius autem gentium. Inst. tit.2. d.l.5.* Item dominiorum distinctiones & acquisitiones: nullius enim à natura quicquam erat proprium ab exordio generis humani. *l.1. ff. de acq. re. do. Cicero 1. Officior.*

Sed huic obiectioni respondetur, quòd communio bonorum, & libertas, non sunt tam ius, quàm bona quædam integræ & incorruptæ naturæ convenientia, quæ depravata natura humana non poterant amplius retineri. Cùm enim partim propter plurimorum ignaviam, qui pasci alieno labore volebant, partim ob sævitiam potentiorum, qui tenuiores & imbecilliores communium rerum usu prohibebant, non poterant amplius homines in communione vivere, sublatum est communionis universalis bonum, & distinctio dominiorum introducta. Præterea servitutes & bella ad defensionem innocentum, & reprimendam improborum audaciam sunt excogitata, quæ hisce depravatis hominum moribus, & rectæ rationi conveniunt. *Vide Wesemb. in parat. de iust. & iu. nu.15. Baro. ad §. singulorum. Inst. de rer. divis. Corras. lib. 6. Misc. cap. ult.*

ASSERTIO IV.

Ius naturale est immutabile.

HOc discrimen inter ius naturale & civile legibus proditum est, quòd nimirum hoc sit mutationi obnoxium, illud non item. *§. pen. Inst. tit. 2.* Cùm enim ius naturale sit in naturali ratione & æquitate positum, & mentibus hominum à DEO insculptum per creationem, sequitur, quòd sicut DEVS author legis naturæ non mutatur, ita nec ius naturale, quod ex divinæ rationis dictamine procedit, variatur. Ius autem civile, cùm sit humana auctoritate magistratus constitutum, propter varias negotiorum ac rerum circumstantias sæpè mutatur.

Objicitur, quòd Libertas est iuris naturalis: omnes enim homines iure naturali ab initio Liberi nascebantur. *§. ius autem gentium. Inst. tit. 2.* Sed hæc Libertas multis aufertur, & plerisque civilibus legibus servitus imponitur, quæ iuri naturæ contraria est. Resp. Ius naturale prorsus tolli & aboleri non potest, derogari tamen ei ex parte potest. *§. ult. Inst. de legit. agn. tut.* Vnde lex ait, Ius civile dici, quod neque in totum à iure naturali recedit, neque per omnia ei seruit. *l. 6. ff. de iust. & iu.* Et ideò in servis non planè tollitur libertas, sed libertatis vis & officium suffocatur, ne effectum suum producere possit. Sic cùm dicitur capitis diminutione maxima & media cognationis ius tolli, *in d. §. ult.* hoc non ita est accipiendum, quòd ipsa cognatio naturalis tollatur, quia ius sanguinis est immutabile. *l. iura sanguinis ff. de. R. I.* sed quòd effectus cognationis, puta successiones & tutelæ, per ius civile, puta per maximam & mediam capitis diminutionem impediantur.

Secundò objicitur, quòd lex naturæ dictat neminem cum alterius iniuria locupletari debere. Sed ab hac naturali ratione recedit usucapio, ubi invito domino aufertur sua possessio per longi temporis usum. Resp. Ius naturæ à iure civili quandoque recipit temperamentum & limitationem. Siquidem lex naturæ inferior, quæ vetat nos cum alterius damno locupletari, legi superiori cedit, quæ vniversalem humanæ societatis conservationem efflagitat. Cessante enim usucapione non possent homines tutò & quietè res suas possidere, nemo posset esse certus de dominio rei suæ, etiamsi quàm diutissimè eam possedisset, sed semper timeret, ne verus dominus eam sibi auferret. Ideoque ne amplius incerta essent rerum dominia, usucapio introducta est bono publico: *l. 1. ff. de Vsucap.* nam incertitudine ista manente civilis vitæ societas commodè conservari non poterat. Præterea usucapio ad lites minuendas

nuendas magnoperè pertinet, quas amputari intereſt Reipub. *l. ult. ff. Pro ſuo.*

ASSERTIO V.

Æquitas præfertur ſtricto iuri.

INSIGNIS & egregia extat in iure prodita regula, quòd iudex in omnibus æquitatis & iuſtitiæ magis, quàm ſtricti iuris rationem habere debet, quæ traditur *in l. placuit. C. de iudic. & l. in omnibus 91. ff. de R.I.* Hinc præcipitur iudici, vt in condemnando & abſoluendo æquitatem ſemper ante oculos habeat. *l. 4. ff De eo quod cer. lo. Similiter & in l. ſi quis 14. §. idem Labeo. ff. de relig. & ſump. fun.* traditur à Iudice ſolutius & liberius eſſe æquitatem amplectendam, quam merum & ſummum ius. Pariter *& in l. ſi ſervum 91. § ſequitur. ff. de V.O. à ICto* Paulo reſponſum eſt, quod in quæſtione de bono & æquo ſub auctoritate Iuris ſcientiæ plerunque pernicioſè erratur.

Verùm cum hac deciſione pugnat. *l. proſpexit 12. ff. Qui & à quib. manu.* vbi dicitur, quòd etſi lex ſcripta ſit perquam dura, tamen ſervanda eſt. Vnde ſequitur, quòd iudex ſequi debet id quod legibus præſcriptum eſt, ſtrictumque ius æquitati præferre tenetur. Reſp. Sic habendum eſt. In caſibus à Lege expreſſis lex ſequenda eſt, etiamſi dura aut iniqua videatur. Hæc durities à ſolo Principe mollienda eſt, qui de caſu ambiguo, de quo non liquet, à iudice cõſulendus eſt. *l. 1. C. de relat. l. ult. C. de legib.* Hoc ſibi apud Gallos hodie vindicant parlamenta adverſus inferiores iudices, à quibus ad ipſam curiam appellatur. In caſibus verò non ſcriptis & à lege prætermiſſis, iudex æquitatem rigori præferre debet: *nam ut Ariſtot. ſcribit,* æquitas nihil aliud eſt, quàm Legis ſcriptæ interpretatio & ſupplementum, ἡ ἐπιείκεια ἐστὶν τοῦ γεγραμμένου νόμου ἔλλειμμα. Imò æquitas nihil aliud eſt, quam dictamen rationis naturalis, & naturalis iuſtitia & æquitas idem eſſe videntur. *l ſcire oportet 13. §. aliud autem ff. de excus. tuto. Cuiac. lib. 2. feud. cap. 1. Cicero pro Cæcin.* Hæc eſt illa æquitas, quam perfectam rationem appellant, quæ leges ſtrictumque ius interpretatur & emendat, nulla ſcriptura comprehenſa, ſed ſolùm in vera ratione conſiſtens. Cùm enim omnes articuli ſigillatim legibus non poſſint comprehendi, hinc iudex in caſibus lege non expreſſis & ſimilibus, æquitatis ratione ad ſimilia procedere, & iuriſdictione ſua legis defectum ſupplere debet. *l. neque. l. non poſſunt. cum ſeqq. ff. de leg.* Talia verò multa ſunt, quæ certis & præciſis regulis comprehendi non poſſunt, ſed neceſſariò religioni & prudentiæ iudicis committuntur. *l. 3. ff. de teſtib. l. vbicunque ff. de inter. act.*

Pulchrè Gothofr. *ad l. placuit. C. de iudic. & l. 1. C. de legib. Anto. Fab. in Iuri prud. Papinia. tit. de iust. & iur. cap. de æquitate & bona fide illat. In Govea. lib. 1. comment. Luc. c. 7. Fachin. lib. 1. contro. iur. c. 3. Duare. lib. 2. disput. anniversariarum. cap. 18. M. Antonius Delrio in suis Miscellan. in annotationibus ad d. l. prospexit, & d. l. placuit, ubi* plures concordantes adducit. *Conna. lib. 1. comment. iuris civilis. cap. 11.*

ASSERTIO VI.

Quilibet Populus, & quælibet civitas ius sibi condere propria auctoritate non potest.

QVÆRITVR, An quælibet civitas possit propria auctoritate ius statuere, sine permissu superioris? Et videtur simpliciter & indistinctè dicendum, quòd possit, quia *in l. omnes populi. ff. de iust. & iu.* hoc ius per repetitam geminationem conceditur, quòd quilibet populus & quælibet civitas proprijs legibus uti & vivere possit. Deinde frustra homines in civitates coire naturalis ratio instituisset, nisi quemadmodum inter se viverent, disponendi fecisset potestatem. Verùm contraria sententia probabilius videtur defendi posse, quòd scilicet quælibet civitas propria auctoritate iura condere non possit; idque ex hac ratione, quia ius publicum privatorum pactis mutari non potest. *l. ius publicum ff. de pact.* Atqui civitates Pop. Romano subiectæ privatorum loco habentur. *l. bona. 15. de V. S.* Ergo non possunt contra iuris publici formam arbitrio suo leges ferre. Hinc ergo concludendum videtur, quòd civitates possunt quidem leges ferre, quas municipales dicimus; sed non tales, quæ iuri publico, aut Principis constitutioni derogent; & valent earum statuta magis in vim cuiusdam pacti, quàm legis, *l. ult. ff. de coll. & corp. l. ult. C. de leg.* Itaque si iuri communi, aut Principis edictis statuta civitatum repugnent, non valebunt, nisi confirmatio Principis accedat. *l. 3. §. Divus ff. de sep. viol. Ita notat Baro ad l. 3. ff. Quod cui. uni. no.*

Objicitur l. Antiochensium ff. de privi. cred. ubi dicitur, quòd Antiochia civitas iure proprio, seu lege patria contra iuris communis dispositionem privilegium habeat, ut tacita & privilegiata hypotheca in bonis debitorum utatur. Ergo propria & peculiari potestate possunt civitates leges & privilegia concedere sine auctoritate Principis. *Resp.* sub distinctione. Aut civitates sunt liberæ, nullius iurisdictioni subiectæ, ut sunt civitates imperiales, & hæ si regalia habent, cõdere sibi quaslibet leges proprio iure possunt.

possunt. *d.l. Antiochensium.* Aut recognoscunt superiorem, ut oppida Principum, & hæc possunt facere statuta, dummodo iuri publico, ut Principis edictis, non repugnent. *Vide Zazium ad l. de quibus nu.15. & 16. ff. de legib. ubi* hanc distinctionem comprobat.

ASSERTIO VII.

Lites & controversiæ ex præscripto legum, non ex arbitrio iudicis dijudicari debent.

HÆc assertio probatur *in §.1. Inst. de off. ind.* ubi pro regula traditur, quòd iudices secundùm leges, constitutiones Principum & consuetudines iudicare debent. Ratio est, quia ius certum est, & æquabili fronte omnes aspicit. *l.2. ff. de iu. & fac. ign.* Itaque potius ex eo, quàm ex humanis arbitrijs quæ moveri gratia, frangi potentia, prece preciόve corrumpi, odio, spe aut metu concuti possunt, iudex iustitiam administrabit. Vnde & debent iudices initio suscepti officij iurare, quòd secundum legum observationem iudicare velint. *l. rem non novam. C. de iudic.* Cujus iurisiurandi formula præscribitur *in Novel.8.*

Objicitur Auth.hodie C.de iudic. ubi dicitur, quòd hodie iudices iurant se facturos, secundùm quod eis visum fuerit iustius & melius. Resp. Hoc ita intelligendum est, ut istud iustius & melius secundùm leges examinari & decidi debeat, ut patet *ex d. No.8.* dum ait textus: Neutri parti præter ius & fas addictus ero, & æquitatem in omnibus conservabo.

Secundò objicitur l.placuit. C. de iudic. quæ iubet æquitatis magis, quàm iuris rationem haberi. Resp. In casibus lege expressis, lex sequenda est, etiamsi dura aut iniqua videatur. *l. prospexit. ff. Qui & à quib. &c.* Cùm verò omnes articuli legibus comprehendi non possint, iudex in casibus lege non expressis, & similibus, æquitatis ratione ad similia procedet, & iurisdictione sua legis defectum supplebit. *l. neque l. non possunt ff. de ll.* atque ita intelligenda est *d.l. placuit.* Si autem casus sit ambiguus, ut iudici non liqueat, vel articulus conttoversus scripto & sententia legis non contineatur, tunc Princeps consulendus est, qui solus potest legem dubiam interpretari, & ad alios casus, in quibus eadem ratio non militat, legem producere. *l.1. C.de relat. l.ult. C. de legib.* Ita accipienda est *l.1.C.de legib.* quæ ait, inter æquitatem & ius soli Principi licet interpretationem interponere. Hoc est, cùm sententia legis ambigua est, & casus oblatus scripto aut sententia legis non comprehenditur, ipsaque æquitas cum scripto iure confligere videtur, tunc solus Princeps arbitrium suum interponet.

ponet. *l. & ideo* XI. *ff. de legib.* Vbi dicitur, de ijs quæ primò constituuntur, aut interpretatione, aut constitutione Principis certius quid statuendum est. Atqui ubi voluntas & sententia legis certa est, potest iudex legem interpretari, & ad similia procedere. *l. non possunt 12. ff. de leg.* Vbi dicitur, cùm sententia legis manifesta est, tum is qui iurisdictioni præest, ad similia procedere, & ita ius dicere debet. *Vide Conna. lib. 1. Com. iur. c. XI. num. 7. & 8. Oldend. in libel. de iure & æquitate.*

ASSERTIO VIII.

Consuetudo non introducitur decennio, neque duobus actibus contra communem DD. opinionem.

AD introducendam consuetudinem requiritur actuum frequentia, & tempus, iudicis arbitrio definienda: neque sufficiunt duo actus, & decennium, ut communis habet opinio. Hoc enim commune DD. placitum, quod longo tempore, (quod decennio terminant) & duobus actibus inrroducatur consuetudo, à iuris intellectu longissimè abest. Primùm quippe non duobus actibus, sed multis & antiquis exemplis opus est ad consuetudinem introducendam, *l. 1. C. Quæ sit lon. cons.* vbi dicitur, probatis ijs, quæ in oppido frequenter in eodem controversiarum genere servata sunt, præses provinciæ statuet. Frequenter autem fit, quod sæpè & crebrò, non quod bis aut ter fit. Sic frequens Senatus dicitur, non vbi duo aut tres, sed multi sunt congregati. Consuetudo enim est habitus quidam, qui non vno atque altero actu, sed longa observatione acquiritur. Juxta commune axioma Logicum, quod vna aut altera actione non acquiritur habitus. Vt ergo consuetudo legitimè introducatur, requiruntur actus tam frequentes, ex quibus verisimile sit ius hoc in Populi notitiam pervenisse. *d. l. 1. l. 3. C. de ædif. priva.* Vnde duo vel tres actus non statim faciunt consuetudinem, sed hoc potius iudicis arbitrio relinquendum est, ut is statuat, quot actibus Populi notitia & consensus comparetur. Ita traduut *Azo in sum. C. Quæ sit lon. cons. Wesem. in parat. de legib.*

Opponitur l. 3. C. de episc. aud. vbi dicitur, quòd qui bis deliquit, consuetus sit delinquere: unde colligitur, ex duobus actibus introduci consuetudinem. Resp. In consuetudine vel assuefactione vnius hominis, quæ non facit ius, sufficiunt duo actus, ad probandum, vtrum sit ille ita assuetus vel non. *l. vel universorum ff. de pig. act.* In consuetudine autem quæ ius facit, certus numerus actuum non est determinatus, ideoque hoc

iudicis arbitrio est relinquendum. *arg. l.1. ff. de Iu. de lib. Curt. ad c. ult. de consuet. sect.4. num.37. & 39.* Neque sufficit decennij spacium ad inducendam consuetudinem: nam requiritur, vt inveterata sit consuetudo. *l. de quibus. ff de leg.* Quod de spacio decennij intelligi non potest, cùm vetus factum dicatur, quod à nostra memoria remotum est, *l.2. §.1. ff. de aqu plu. arc.* Sic etiam longæva consuetudo appellatur *in l.2. C. Quæ sit lon. cons.* Longævum autem spacium de centum annis dicitur *l. an vsusfructus 56. ff. de vsufr. l. ult. C. de SS. eccles.* Cùm ergo de tempore inducendæ consuetudinis variè leges statuant, & modò longævum, modò diuturnum, modò inveteratum tempus requirant, rationi magis consentaneum est, non esse hoc tempus certò à iure definitum, quia incertum est quanto tempore notitia seu consensus Populi acquiratur: itaque iudicis arbitrio hoc tempus definiendum est. *Cuia. in para. C. Quæ sit lon. cons. & lib. 20. Obs. c.1.*

Neque in contrarium facit, quòd consuetudo dicatur longa & diuturna: quæ verba de decennio interpretes accipiunt, eoque solo argumento nituntur: quia & his verbis, longi & diuturni temporis quadraginta anni aliquando significantur, *l.2. in verb.* ne conductor diu res alienas tenendo, proprietatis ius usurpet. *C. de præs. 30. an. l. qui in provincia 57. ff. de rit. nup. Cuia. lib. Obs. 18. c.28. Conna. lib.1. com. c.10. num.6. Menoch. in arbitrar. Iud. lib.2. quæst.83.* vbi tradit iudicis arbitrio relinquendum, quanto tempore introducatur consuetudo, quia in iure non reperitur Lex, qua hoc tempus certò sit declaratum, vel definitum.

ASSERTIO IX.

Consuetudo abrogat & emendat Legem scriptam.

PROBATVR hæc thesis in *l. de quibus. 32. ff. de leg.* Vbi Iulianus ait, leges tacito consensu omnium per desuetudinem abrogari. *concordat §. pen. Inst. de iu. nat. gent. & civ.* Abrogat itaque consuetudo legem scriptam, & si generalis est consuetudo, quæ vbique servatur, vincit legem scriptam generaliter: si verò specialis est, tollit legem in eo loco, ubi viget. *d l. de quibus, vbi gl. magna. l. venditor. 13. § si constat. ff. Com. præd. l. item 6. in fin. princ. ff.* Quod cui vnius nom.

Objicitur Constantini rescriptum *in l.2. C. Quæ sit lon. cons* cujus hæc sunt verba: Consuetudinis vsusque longævi non est vilis auctoritas, sed non adeò sui valitura momento, vt rationem vincat aut legem. Ex quo consequi videtur legem consuetudine non posse abrogari. Ad hanc antinomiam respondendum, quòd consuetudo quidem legem tollat & abro-

get, ſed tamen legiſlatoris poteſtatem & auctoritatem non adimit, quin poſſit conſuetudinem vitioſam tollere & emendare, vel alia lege poſtea lata, vel legem conſuetudine obliteratam iterum in vſum revocare. Ideóque non dicitur *in d. l. 2.* quòd conſuetudo non poſſit legem abrogare, ſed quòd legem non vincat: hoc eſt, non poteſt conſuetudo legiſlatoris auctoritatem infringere, quin poſſit lege nova certiori & æquiori ratione ſtabilita, vitioſam conſuetudinem tollere & emendare. Ita eruditè & graviter reſpondet *Oldend. in princ. claſſ. cui adſtipulatur Contius in d. l. 2.*

Opponitur 2° *l. 3. §. Divus. ff. de ſep. viol.* ubi reſcripto Divi Imper. Adriani ſtatuitur pœna 40. aureorum in eum, qui mortuum in civitate ſepelivit, & additur, eam pœnam habere locum, licet conſuetudo vel ſtatutum municipij contrarium permittat. *Reſpondet Accurſ. rectè in d. §. Divus,* quòd ibi conſuetudo vel ſtatutum novam conſtitutionem Adriani principis præceſſit, quæ conſuetudo per ſubſequentem legem abrogatur. Sed conſuetudo nova ſuperveniens poſt legem ante latam, derogat legi præcedenti.

ASSERTIO X.

Conſuetudo tam per actus extraiudiciales, quàm iudiciales introducitur.

PROBATVR primò conſuetudo per ſententias Iudicis definitivas, ſi nominatim in ijs fiat mentio conſuetudinis, vel ſi in ſententia iudicis conſuetudo confirmetur, *tex. in l. cùm de conſuetudine. 34. & l. nam Imperator 38. ff. de leg.* Secundò per actus extraiudiciales conſuetudo probatur, ſed toties tamen repetitos, vt de tacito Populi conſenſu ex ijs conſtare poſſit. *d. l. 34. l. ſed & ea. l. nam Imperator. ff. d. tit* Et hæc eſt communis DD. ſententia, quòd etiam actus extraiudiciales ad introducendam conſuetudinem ſufficiant, vt notant *Curtius in tract. de conſuetud. ſect. 4. nu. 34. & ſequ. Gail lib. 2. Obſ. c. 31.* vbi ſecundùm eam ſæpius in Camera imperij iudicatum refert.

Sed objicitur *d. l. cùm de conſuetudine, 34. ff. de leg.* vbi dicitur, ad probandam conſuetudinem illud imprimis explorandum eſſe, an etiam contradictorio iudicio aliquando ſit firmata. Reſp. Illud non rectè *ex h. l.* colligitur, non aliter quàm actibus iudiciarijs probari conſuetudinem, cùm ex tacito populi conſenſu ea introducatur, *l. de quibus. ff. de ll.* In ijs autem quæ ſolo conſenſu inducuntur, iudicis auctoritas vel præſentia non eſt neceſſaria. *l. ſive apud acta C. de tranſ.* Rectè itaque illi hanc *l.* interpretantur,

tantur, qui censent ICtum magis hoc loco consilium dare, quàm necessitatem imponere. Ita sentiunt Corras. & Vacca in d.l. cùm de consuetudine. Vel dicendum potius *cum Bartolo in d.l. de quibus.num.13.ff.de legib.* quòd textus *in d.l.* cùm de consuetudine dicat, videndum in probanda consuetudine, an etiã contradictorio iudicio sit firmata: vbi dictio Etiam, quæ est implicativa particula, arguit aliter quoque quàm per actus iudiciales probari consuetudinem. Adde, quòd in *d. l. nam Imperator*, alternativè ponatur, vel consuetudinem, vel res perpetuò iudicatas vim legis obtinere. Illud etiam notandum, quod Accurs. *in d.l. cum de consuetudine*, addit negationem, & putat ita legendum, explorandum an non contradicto iudicio consuetudo aliquando sit firmata. Quo nomine tamen reprehenditur *ab Ant. Augustino lib.2. emendat. c.3.* vbi notat affirmativè Legendum, vt in vulgatis & Pandect. Florentius legitur, primum illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando iudicio consuetudo sit firmata.

Secundò adversatur *l.1. C. Quæ sit long. cons.* ubi statuitur in consuetudine inducenda probanda esse ea, quæ in oppido frequenter in eodem controversiarum genere sunt observata. Resp. Ille textus non dicit, quòd debeat esse iudicatum secundùm consuetudinem, sed quòd debeat probari observantia, & sic ipsa consuetudo. Vel dicendum, quòd ille textus loquitur de consuetudine, quæ est circa cognitionem litium, & decisionem causarum forensium, quam debet iudex in similibus causis decidendo sequi & observare.

ASSERTIO XI.

Princeps legibus solutus est.

CVM Princeps sit supra leges, & omnem condendæ, interpretandæ derogandæ & abrogandæ Legis potestatem habeat. *l.1. & ult. C. de leg.* hinc sequitur, quòd legum observatione non teneatur. *l. princeps ff. de leg. l.3. C. de testa. l. ex imperfecto 23. de leg.3.* Licet autem leges & constitutiones non ligent ipsum Principem, tanquam legislatorem, auctoritate; honestate tamen & naturali ratione eum constringunt. *l. digna vox C. de legib. d.l.3.*

Prædicta autem assertio de civilibus legibus & solennibus iuris accipienda est, quibus Princeps non tenetur, vt sunt solennia iudiciorum contractuum & testamentorum. Hinc in testando non tenetur Princeps ad testamentariam observationem, quia eius præsentia supplet omnem solennitatum defectum. *l. omnium C. de testa.* Corras. *lib.2. Misc. c.ult.* Sic &

Princeps, quæ non iure minuſque ſolenniter facta ſunt, confirmare poteſt, vt adoptionem non ritè factam, *l. adoptio 38. ff. de adop.* Sicuti & matrimonium non ritè contractum, ſtatumque Liberorum non iure quæſitorum corroborare Principem, probat *l. qui in provincia 57. ff. de ritu nupt.* vbi princeps confirmat matrimonium contractum inter avunculum, & neptem eius. Verùm legibus naturæ & gentium Princeps non eſt exemtus. *l. 2. §. 1. ff. de reb. eor. qui ſub tute.* Vnde pacta & contractus cum ſubditis initos ſervare tenetur, ex iiſque obligatur efficaciter, *tex. in c. 1. vbi CC. ex. de proba. L. Cæſar. ff. de publica. c. 1. de natu. Feud. lib. 1. Feud. t. 7. d. l. 2. §. 1. ff. de reb. eo. qui ſub tutel. Weſ. in parat. de conſt. Princ. Bart. ad d. l. digna vox.*

Contrarium autem tradunt vt plurimum interpretes, Principem ſcilicet ex contractibus cum ſubditis initis, tantum iure naturali ſeu gentium ex conſenſu obligari. *per l. 1. cùm amplius. §. is natura. ff. de R. I. l. Stichum. §. naturalis. ff. de ſolu.* non verò civiliter. cùm civilibus præceptis Princeps cenſeatur eſſe ſolutus. *Ab. Feli. & Deci. in d. c. 1. Sed verius Molineus in addit. ad Decium in d. c. 1. & Bald. in d. l. Princeps*, exiſtimant, Principem non ſolùm naturaliter, ſed etiam civiliter & efficaciter ex contractibus cum ſubditis initis obligari, ne Princeps alioqui omni commercio exuatur. Conſtant enim contractus Arithmetica proportione, quæ in commutatione commerciorum æqualitatem planè exigit, nec conſiderat an aliquis Rex vel ſubditus ſit, dives vel pauper, ſed vult omnes contrahentes vltrò citròque æqualiter obligari, & ideò contractus non debent claudicare. *l. cùm. emtor ff. de reſc. vend. L. Labeo 19. de V. S.* Vide Latius de hac quæſtione diſſerentes. *Bodin. lib. 1. de Repub. c. 8. & 10. Fachin. lib. 1. contro. Iur. c. 2. Cuiat. lib. 15. Obſer. c. 30. & lib. Obs. 26. c. 35.* vbi *d. l. princeps.* de legibus caducarijs & pœnarijs accipiendam eſſe defendit, quod ſcilicet illis legibus princeps ſit ſolutus. *Quam L. Coras. lib. 2. Miſc. c. ult. & Donel. lib. 1. comment. c. 17.* de Solennibus iuris accipiunt. Quod ſcilicet Princeps Solutus ſit, & non obnoxius Solennitatibus contractuum teſtamentorum, & iudiciorum.

ASSERTIO XII.

Communis error minimè facit Ius.

LEGES omnes iuris Romani certo animi iudicio, ex naturalibus notitijs, iuſtis & rectis rationibus promulgatæ ſunt. Ius enim eſt ars æqui & boni, quæ non ex vago errore & incerto impetu primùm cœpit; ſed ex certis præceptis honeſtati & publicæ vtilitati convenientibus col-

bus collecta est. Vnde minimè dubium est, illud axioma DD. quòd communis error ius faciat, legibus non esse consentaneum.

Probare conantur hoc enunciatum primò *per l. Barbarius. ff. de off. præt.* vbi dicitur, quòd acta à Prætore servo, qui liber credebatur, dum prætura fungeretur, rata & firma sunt. Ex quo colligunt, quòd communis error & opinio faciat ius. Verùm respondendum *ad d. l. Barbarius*, quòd summo iure acta & decreta Prætoris servi, valere & effectum habere non potuerunt: verùm ex benignitate propter vtilitatem publicam placuit ea rata ac firma esse: ne tam multæ sententiæ benè latæ rescinderentur, ac multorum civium iura & possessiones turbarentur. *Eruditè & accuratè Hotom. illust. quæst. 17. Govea. lib. 1. Var. lect. c. 6. Cuiat. lib. Obs. 18. c. 33.*

Secundo probare intendunt hoc axioma, *per l. 3. §. fi. ff. de sup. leg.* vbi Paulus respondit, quod error ius faciat. Respondendum, quòd in dispositione patrisfamiliâs circa rem familiarem & domesticam error quidem testatoris ius faciat, sed tamen communis error Populi non facit ius vniversale inter omnes homines. Quod vt rectius intelligatur, & sententia *d. §. fin.* dextrè explicetur, sciendum est, quòd supellectilis appellatione aurea & argentea escaria & potoria vasa non continentur, propter sæculi severitatem, nondum admittentis supellectilem argenteam: si tamen probetur testatorem ea supellectili adnumerasse, appellatione supellectilis comprehenduntur. *d. l. 3. §. pen. l. cùm quidam. ff. eo.* Ratio est, quia in his rebus testatoris vsus prævalet, & præcipuè attenditur. Malè ergo *ex d. l. 3.* colligitur, quòd communis error ius faciat. sed hoc tantùm ibi indicatur, quòd error testatoris in vocabulo ius faciat, in rebus quæ pendent ab eius voluntate & dispositione; quod non rectè interpretes ad quemvis errorem indistinctè perduxerunt. *Cuia. ad lib. 3. sent. Paul. c. 6.*

ASSERTIO XIII.

Communia à publicis differunt non vsu, sed proprietate. Communia enim ab omnibus per partes acquiruntur occupando, etiam quoad proprietatem; publicorum verò proprietas est in bonis Populi.

QVOD differant inter se communia & publica, & diversæ distinctæque sint species, patet ex *§. 1. Inst. de re. diu.* vbi res dividuntur in quinque genera, in communes, publicas, vniversitatis, nullius, & singulorum. Differunt autem communia à publicis non vsu, (vsus enim

communium & publicorum promiscuè omnibus patet) sed proprietate. Communia enim ab omnibus occupando acquiruntur tam vsu quàm proprietate: & quantum quisque occupat ex communibus rebus per partes, ipsius efficitur proprium: communium enim proprietas jure gentium nullius est, ideoque occupanti conceditur. *§.littorum.Inst.de re.diu.l.quod in littore ff.de acq.re.do.* Exempli gratia, quilibet in mari vel littore maris potest insulas ædificare, moles pilásve jacere, & ædificans constituitur dominus ædificij & soli, quamdiu ibi ædificium manet. *l. ergo 30. §. vlt. l. quamvis.50.ff.de acq.re.do.* Publica verò patent quoad vsum omnibus, sed non quoad proprietatem: cùm proprietas publicorum sit in bonis Pop. vel imperij Romani. *§.flumina.& ibi Theop.& Cuiac.Inst.de. re.divi.* Unde nec occupanti flumen proprietas conceditur, ut benè Johannes antiquus interpres sensit, cùm sit proprietas ejus occupata à Populo. *l.7.§.4.ff. de acq.re.do.* Hinc & nemini permittitur in flumine publico molendina vel alia opera extruere sine Principis aut Senatus permissu. *l.2 §. si quis à principe.ff. Ne quid in lo.pub.l.2.in verb.* nisi Imperator vetet *§ de flumin.* Usus tamen fluminum est communis, ideoque jus piscandi in flumine omnibus competit. *d.§.flumina.*

Obijcitur *l. 2. §. de re. divi.* vbi Martianus in divisione rerum, quatuor tantùm genera enumerat, & omittit publica: vbi communium appellatione videntur publica comprehendi, & sic inter communia & publica nihil erit differentiæ: *quæ l.* pugnat cum *§.1.Inst. de re.diu.* Resp. sub rebus vniversitatis comprehenduntur publicæ: bona enim vniversitatis alia sunt Populi seu imperij Romani, & hæc propriè dicuntur publica: alia sunt bona civitatum publica, & hæc non propriè publica dicuntur, sed potius res vniversitatis: quia civitates loco privatorum habentur. *l.bona 15. cum ll.seqq.ff.de V.S.l.vsucapionem 9.* in verb. publicis Pop. Romani. *ff de vsuc.Wesem.in princ.tit.Inst.de rer.div.* Idque etiam comprobatur per *l.1. ff.eo.* vbi Paulus disertè ait publicas res nullius in bonis esse, addita ratione, quia vniversitatis sunt. Vel ita responderi potest, *quod Martianus I C.in d.l.2.* omisit publica: hoc supplet *idem I.C.in l.4.ff.eo tit.* addit quartum membrum rerum, scilicet res publicas, dum inquit, Sed flumina penè omnia & portus publica sunt.

Secundò obijcitur *l.littora ff. Ne qu.in lo.pub.* ubi dicitur littora esse Pop.Romani. Resp. Littora Pop. Romani, & sic publica esse dicuntur, quoad imperium seu jurisdictionem. Licet enim mare litusque omnibus sit commune, etiam quoad proprietatem, tamen magistratus Pop.Rom.illis legem modumque imponere potest, quatenus ijs sit vtendum: puta navigando, ædificando, ne quilibet pro suo arbitrio, & cum damno Reipub.

Reipub. vſum eorum ſibi vindicet. *d. l. littora. & d. l. quamvis. Weſem. ad d. §. flumina.*

ASSERTIO XIV.

Iudex ſecundum ea quæ allegantur & probantur in judicio, non ſecundum ea, quæ ſcit ut privatus, iudicare debet.

VETVS eſt diſputatio, tam inter Martinum & Johannem, veteres gloſſatores, quàm Juriſperitos recentiores agitata, Vtrum judex ſecundum conſcientiam, an potius ſecundum acta, & probata judicare debeat. Martinus defendit, judicem conſcientiam ſuam in judicando ſequi oportere. Johannes voluit iudicem, iuxta allegata & probata pronunciare debere. Verior eſt in hoc conflictu opinio Johannis, quòd iudex potius probationes, quàm conſcientiam ſequi in iudicando debeat: Ratio eſt, quia tutior hæc eſt ratio finiendarum litium, quàm ſi obtentu ſcientiæ iudicis permiſeris, vt nulla habeatur ratio probationum. Probatur hæc deciſio in *l. illicitas §. Veritas ff. de off. præſ.* vbi ſtatuitur, quòd præſes provinciæ, fidem eorum, quæ probabuntur ſequetur. Secundò confirmatur hoc argumento, quòd nemo poſſit ſimul teſtis & iudicis partibus fungi. Sed ſi licebit iudici, ſecundum ea, quæ ſcit iudicare, probationibus deficientibus, aut his, quæ in iudicio productæ ſunt, planè contemptis, ſimul teſtis & iudicis partibus fungetur, quæ pariter in vna perſona convenire non poſſunt. Et hæc eſt omnium ferè DD. ſententia, tam à Canoniſtis, quàm à legiſtis approbata, *teſte Coſtalio in d. §. veritas.*

Non adiuvat ſententiam Martini *l. ſi irruptione. ff. Fin. reg.* vbi dicitur, quòd tutiſſimus probandi modus ſit, in finibus agri dirimendis, ſi ipſe judex loca oculis ſuis ſubijciat: vnde colligitur, judicem in iudicando, ſuam conſcientiam, & animi arbitrium ſequi debere. Quia reſpondendum, quòd in finibus agrorum diſtinguendis, iudex coram fines intueri debet, & ſecundum id, quod veniens in rem præſentem comperit, iudicabit. Itaque non ibi iudicat, ſecundum ea, quæ ſcit vt privatus, ſed ſecundum ea, quæ evidenti demonſtratione ſibi probata ſunt, ut iudici.

Non obſtat quoque *l. vnic. C. vt quæ deſ. adv.* Ubi dicitur iudicem debere ea, quæ à litigantibus omiſſa ſunt, ſupplere; nam hoc ipſa lex ita declarat, quòd ea quæ iuris ſunt, poſſit iudex ex officio ſupplere, ſed non quæ facti ſunt: itaque nec probationes, quæ in facto conſiſtunt, litigantibus ſuppeditabit.

Tertiò opponitur *l. 3. verſ.* Tu magis ſcire debes. & *§. eiuſdem ff. de teſtibus.* vbi

bus: vbi dicitur iudicem poſſe ex præſumptionibus, coniecturis, & indiciis fidem non adhibere teſtium dictis. Ergo poterit iudex teſtium probationes omittere, & ſequi potius propriam ſcientiam. Reſp. Non ſunt probationes in mero iudicis arbitrio poſitæ, ita ut poſſit veras, & perfectas probationes reiicere, & ſemiplenas pro plenis admittere, ſed hoc iudicis arbitrium legibus & conſtitutionibus debet eſſe conforme, ita vt neque veras & legitimas probationes reiiciat, neque falſas & illegitimas admittat: poteſt tamen iudex circumſtantias perſonarum & factorum examinare in teſtibus, ita ut videat an teſtes ſint integræ famæ, an verò infames: an lucri, vel odii gratia quid dicant; ita vt ſuſpectos repellat, idoneos verò & fide dignos admittat.

Quartò contra hanc ſententiam adfertur *l. illicitas §. veritas ff. de off. præſ.* vbi dicitur, quòd veritas rerum, geſtorum, id eſt, actorum iudicialim, erroribus non vitiatur: quaſi dicat IC. quòd veritas cuius iudex ſibi conſcius eſt, nullis probationibus, ſeu teſtimoniis vitiari debet, itaque iudex propriam conſcientiam in iudicando ſequetur.

Reſp. Vera interpretatio illius textus eſt, quòd iudex debet ex veris probationibus, non ex ſimulatis & falſis inſtrumentis, ſententiam dicere. Quòd ſi conſtiterit iudici, ea eſſe falſa, minimè veritas erroneis & falſis inſtrumentis vitiabitur: ut puta, Ego chirographo cavi, me tibi centum debere ex mutuo, quæ mihi verè mutuata non ſunt. Hoc ſi apud iudicem probavero, iudex non ſequetur meum errorem in cautione, ſeu chirographo commiſſum, ſed probatam veritatem in iudicio.

Sed qua ratione iudex conſcientiam ſuam liberare & purgare poterit, quando ſcit rem aliter ſe habere, quàm à litigantibus probatum eſt? an contra animi ſui ſententiam, & rei geſtæ veritatem iudicabit? Hîc dicendum eſt, quòd tutius faciet, ſi à iudicando abſtineat: itaque depoſita interim perſona iudicis, aſſumet perſonam teſtis vel accuſatoris, quo veritas patefiat, ac ad maiorem iudicem, cauſam iudicandam reiiciet. Cautum enim eſt legibus, quoties caſus eſt ambiguus, ut iudici de veritate vel iure eius non liqueat, quòd ad maiorem iudicem, vel principem cauſam referre teneatur, illudque quod ſibi reſponſum fuerit, exequetur. *l. eum quem 79. §. vlt. ff. de iud. l. 1. & 3. C. de relat. §. finali. No. 82. de iudicib.* Itaque ſi res geſta non niſi Principi aut magiſtratui cognita eſt, teſtem quidem agere utrique licet, iudicem non licet. *vt Azo* conſultus à Præſide Bononiæ, qui ſine teſte cædem admitti viderat, reſpondiſſe dicitur. *Bodin. lib. 6. de Repub. cap. ult.* Poſtremò notandum, quod Judices ſupremarum curiarum iudicare debent ſecundum conſcientiam, quod in curia parlamenti Delphinatus obſervatum refert *Guido Papæ quæſt. 29. in deciſionibus Gratianopolitanis.*

Appro-

Approbant & laudant hoc consilium, *Alcia. ad l.* inter hæc verba *179. de V.S. Hotoman. in illust. quæst. qu. 25. Cuiac. lib. Obs. 12. cap. 19. Covarru. lib. 1. var. resol. c. 1.* qui tamen hanc cautelam in medio relinquit.

ASSERTIO XV.

Rectè Azo contra Lotharium defendit, quòd solus princeps non habeat merum imperium, sed & alij magistratus contra ALCIATVM.

VETVS est quæstio, An Imp. solus habeat merum imperium, an verò & alii magistratus? quæ olim in diversas & contrarias partes agitata fuit à Lothario & Azone ICtis: cùm ab Imp. Henrico Lucelburgensi ipsis fuisset proposita. Lotharius siquidem Cæsaris gratiam captans, solum Imp. merum habere imperium respondit. *Azo* verò defendit, merum imperium in Imperatore quidem tanquam fonte residere, sed nihilominus alios magistratus hanc potestatem habere. *Azo in sum C. de iurisd.* Licet autem opinio Lotharii probetur *Alciato lib. 2. paradox. c. 6.* tamen vera non est, neque legibus congruit, cùm etiam aliis quibusdam magistratibus meri imperii exercitium competat. *arg. l. cognitio. §. cum propriam ff. de off. eius cui, &c.* Probat hoc quoque rotundus & apertus *tex. in. l. illicitas. §. qui universas. ff. de off. præs.* ubi dicitur: Qui universas provincias regunt, ius gladii habent, & in metallum damnare possunt. Hæc Azonis sententia communi DD. calculo recepta est, ut testatur *Anto. Vacca in d. §. qui universas.*

Pro sententia Lotharij adfertur *l. 1. ff. de off. eius cui, &c.* vbi dicitur, magistratus tantùm habere exercitium meri imperij, imò sæpius executores & administratores appellantur. *No. 60. Vt defuncti seu funera eorum non iniurientur. cap. 2.* Vnde infertur, ipsum ius meri imperij principi tantùm, exercitium verò, quod in facto consistit, alijs magistratibus competere. Resp. Hæc verba legis *Azo* interpretatur, ad ipsum ius necessariò pertinere, quia in d. l. 1. disertè scribitur, magistratibus ius meri imperij specialiter datum esse à lege, S Cto, vel constitutione principum. *Item in l. 4. ff. de off. præs.* affirmatur præsidem maximum imperium post principem habere. Hæc verba dare, & habere, ius, & proprietatem significant, non verò exercitium tantùm, seu administrationem, quæ in facto consistit. *Adde l. 1. §. qui mandatam. ff. de off. eius cui &c.* Ubi dicitur merum imperium magistratibus Lege datum. *Fac. l. Lege Iulia. & l. qui dolo. ff. Ad l.*

Iul.de vi pub. vbi dicitur magiſtratus habere imperium poteſtatemve, & alios infinitos locos ſimiles, quos curioſus Lector inquirere poterit. Vno tamen intuitu ſolùm opinio Lotharij defendi poteſt, videlicet quatenus magiſtratuum creandorum cura ad principem ſpectat, nam tunc magiſtratum ab eo accipiendo, etiam merum imperium accipere videntur. *l.1. ff. ad.l. Iul. amb.* Approbant hanc ſententiam *Muſcornus in tracta. de iuriſdict. Bellohus Lib.1. ſupputat. Iuris. c.1.*

ASSERTIO XVI.

Merum imperium delegari non poteſt, & ne quidem propter abſentiam promiſcuè delegari poteſt.

QVÆCVNQVE ſpecialiter, hoc eſt, nominatim & expreſſè lege, SCto, vel conſtitutione principum tribuuntur, ea non poſſunt alteri mandari, *l.1.ff.de off.eius cui, &c.* Tale eſt merum imperium, quod ſpecialiter lege datur, nec competit ordinario iure magiſtratus, ideóque ab eo cui datum eſt, alteri delegari nequit. *l.nemo poteſt 70.ff.de R.I.* Ratio eſt, quia ſpecialiter poteſtas meri imperii, nimirum diſceptatio coërcitióque criminum, certis magiſtratibus, ob ſingularem fidem, & induſtriam, ad hoc delectis conceſſa eſt. Cùm enim antiquitus non liceret injuſſu populi, in civis Romani caput animadvertere *l. 2. §. Deinde cum ærarium. ff. de orig.iu.* ideo exercitio meri imperij, à populo vel principe, legibus publicorum iudiciorum certis magiſtratibus ſpecialiter tributa fuit, *arg.l. aliud 131.in fi.de V.S.l.ſiquid erit ff.de off.proconſ.d.l.2.§.Deinde Cornelius.* Maius enim negotium maioribus noſtris viſum fuit, de liberi hominis capite ſtatuere, quàm ut cuiuſvis magiſtratus arbitrio id permitteretur, qui non etiam à tota Repub. (de cuius membri mutilatione agebatur) mandatum accepiſſet.

Obiicitur quòd legati proconſulis, qui mandatam habent iuriſdictionem, poſſint etiam criminales cauſas definire, quæ meri ſunt imperii. *l.ſolent ff.de off.proconſ.* Reſp. Mandata iuriſdictione legatis, non tranſit ad eos merum imperium, niſi quòd cauſas criminales audire tantùm & cognoſcere poſſint, uſque ad ſententiam, non verò iudicare, aut exequi. Hinc ſtatuit Juſtinian. legatos proconſulum poſſe omnia agere, quæ ipſi proconſules poſſunt, citra tamen ultimum ſupplicium, aut membri amputationem. *§.antequam No.128.de collator.& aliis capit.*

Secundò obiicitur *l.2.C.de off.eius qui vic.alter.* vbi vicarius poteſt omnia quæ ad iuriſdictionem præſidis pertinent, actitare, imò poteſt etiam exercere

exercere ea, quæ ſpecialiter Lege, SCto, vel conſtitutionibus Principum conceduntur. Reſp. Lex non loquitur de eo cui à præſide mandata eſt iuriſdictio, ſed de eo, cui temporis cauſa, præſide defuncto, à Principe provincia regenda commiſſa eſt *l.1.ff.de tut.& cur.dat.ab.his, Cuiac.lib.Obſ. 19.c.15. Faber ad l.nemo poteſt 70.ff.de R.I.*

Tertiò opponitur *l. vnic. C. Qui pro ſua iuriſd.* vbi dicitur delegatum Principis poſſe nullo perſonarum aut cauſarum habito diſcrimine cauſas aliis ſubdelegare. Reſp. Hæc eſt illius Legis ſententia, quod delegatus Principis poſſit omnes cauſas ſubdelegare, nulla habita rationem an ad ſuam iuriſdictionem pertineant, nec ne, quia hic delegatus vicem Imperatoris repræſentat, qui in omnes imperium & iuriſdictionem habet, non autem ibi deciditur, quod cauſas meri imperii ſubdelegare poſſit. Ita reſpondent *Menoch.lib.1.de arbit.Iud.quæſt.54. Fachin.lib.1.contro.iur.c.47, & libr. 12.c.97.*

Limitant DD. ſupraſcriptam concluſionem, quòd delegari poſſit merum imperium in caſu abſentiæ *per d.l.1. de off.eius cui, &c.* in verb. non aliter mandare poterit quàm ſi abeſſe cœperit. Quæ ſententia vera non eſt, nec quicquam iuvatur *d.l.1.* Nam primùm in illa lege hæc regula, tanquam certiſſimum iuris principium ſtatuitur, quòd generaliter ea quæ meri imperii ſunt, delegari nequeant: deinde ſubiicitur exceptio, quòd *l.Iulia* de vi nominatim cautum ſit, quòd eius criminis exercitio poſſit in caſu profectionis demandari: itaque non debet hoc quod ſpecialiter in caſu violentiæ *l.Iulia* conceſſum eſt, de quolibet mero imperio, hoc eſt, iuris gladii exercitione concedi: nam pœna *l.Iuliæ* de vi maximè privata, non erat capitalis, ſed tantum ademptio tertiæ partis bonorum. *l.2.C.ad l. Iul.de vi.* Hodie ex conſtitutione Imp. Caroli V. *Inder peinlicher hals gerichtz ordnung* merum imperium propter abſentiam delegari poteſt. *artic.2.* Ibi *Auſs ſvvackheyt des leibes.*

ASSERTIO XVII.

Conceſſa iuriſdictione à Principe, merum imperium non cenſetur conceſſum.

PROBATVR hæc theſis hiſce duabus firmis rationibus. Prima eſt, quod merum imperium non aliis competat, quàm quibus id ſpecialiter lege, SCto, vel conſtitutione Principum conceditur. *l.1.ff.de off. eius cui, &c.* Igitur conceſſa iuriſdictione non venit merum imperium, quia ſpecialiter à lege datur. *d.l.1.§.ult.* Altera ratio eſt quod iuriſdictio eſt

ſeparata ſpecies à mero imperio, eiq́ue oppoſita: vnde non cenſetur eius appellatione venire merum imperium. *l.vlt.ff.de off.eius cui, &c.*

Obiicitur primò huic aſſertioni, quòd iuriſdictio in genere accepta comprehendit ſub ſe merum & mixtum imperium, & iuriſdictionem ſimplicem. *d.l.1.verſ.veluti*, vbi publici iudicii exercitio, quæ eſt meri imperii, appellatur iuriſdictio. Similiter *in l.ſi in aliam 7. §. fin.cum ll. ſeq.ff.off. proconſ.* traditur, proconſulem habere pleniſſimam iuriſdictionem, ex quo infertur *in l.ſeq.* eum habere merum imperium. Ergo videtur iuriſdictione conceſſa etiam merum imperium concedi: quia ſemper ſpecialia generalibus inſunt. *l.ſemper 147.ff.de R.I.* Reſp. Tunc demum iuriſdictio continet ſub ſe merum imperium, quando in generali & lata ſignificatione accipitur. Quod tunc accidit, cùm ex adiunctis verbis liquet, Principem de iuriſdictione in genere concedenda cogitaſſe, puta ſi pleniſſimam omnem vel omnimodam iuriſdictionem conceſſerit. Probatur in *l.7 §.fin.ff. de off.proconſ.in verb. Cum pleniſsimam iuriſdictionem Proconſul habeat. Longoval.ad.l.3.ff.de iuriſdiction. parte 4.*

Secundò adverſatur, quod traditur in *l.beneficium ff. de conſt.prin.* quòd beneficia Principum pleniſſimè ſunt interpretanda. Ergo & conceſſa iuriſdictione à Principe merum imperium tributum cenſetur, quia in lata & ampla ſignificatione juriſdictionis merum imperium continetur. Reſp. Quod dicitur beneficia Principum latiſſimè interpretanda eſſe, hoc verum eſt, modò à iure arctior interpretatio per aliam legem non approbetur, quod fit in definitione hujus articuli, per *d.l.1.§.vlt.* vbi dicitur, conceſſa & tranſlata iuriſdictione non cenſeri merum imperium transferri. *Longou.d.loco.*

Communiter tamen in hac quæſtione ſervatur diſtinctio Felini tradita *in c. quoad ſedem. ex de off. ordin.* quam communem teſtatur *Cagnol. in l. imperium. num.93.ff. de iuriſd.* Aut Princeps donat vel concedit caſtrum, cui cohæret merum imperium cum iuriſdictione, & tunc quoque merum imperium tranſlatum cenſetur. Aut Princeps ſimpliciter alicui concedit iuriſdictionem: quo caſu non tribuitur merum imperium, ſed ſimplex ſeu ſpecialis iuriſdictio, quæ in cauſarum civilium cognitione & diiudicatione verſatur. *Covarr.in.d.c.quoad ſedem. num.10.* Vide *Fachin.lib.7. contro. cap.69.& lib.13.contro.cap.19. & Menoch lib.3.præſum. præſump.97. Diſſentit Muſcornus in tracta.de Iuriſdict.nu.25.& 26.*

ASSERTIO

ASSERTIO XVIII.

Mixtum imperium delegari potest, & mandata iurisdictione transfertur contra communem DD. sententiam.

CONTROVERTITVR acriter à DD. an ea quæ mixti imperii sunt, delegari possint? Et licet communiter DD. concludant non posse delegari, probabilior tamen & verior apparet contraria sententia. Probatur hæc conclusio in *l.4.§.vt possessio.ff.de off.eius cui, &c.* vbi dicitur, quòd mandari potest, ut possessio bonorum detur, vel si cui damni infecti non caveatur, ut is possidere iubeatur. Quæ omnia mixti imperii esse probat *l.ea quæ.ff.ad Munic. & l.iubere.ff.de iurisd.* Quod autem ex communi opinione *DD.in d.§.vt possessio.* traditur cognitionem tantùm mandari posse, non autem pronuntiandi ius neque ipsam missionem in possessionem, & lege & ratione caret. *vt notat. Corras ad d.§.vt possessio.*

Secundò, mandata iurisdictione privato, etiam imperium quod merum non est, transfertur. *l.fin.ff.de off.eius cui, &c.* atqui imperium non merum, omnimodò mixtum sit necesse est, cùm imperium solum dividatur, in merum & mixtum. Tertiò à Prætore & quolibet ferè magistratu iudicis datio alteri mandari potest: ius autem delegandi causas, seu iudices dandi, mixti est imperii. *l.cum Prætor,* ibi, propter vim imperii. *ff.de iudic.* Probant hanc sententiam Longoual. Goveanus & Cuiacius, aliique recentiores *ad.l.3.§.de iurisd. Baro, Coras. & Costa.in d.l.1.de off.eius cui,&c. Alcia.lib.2.Paradox.c.1.*

Malè interpretes communiter sententiam suam confirmant *ex l. nec quicquam.§.vbi decretum.ff. de off.procons,* Vbi dicitur, quoties decretum necessarium est, per libellum id proconsul expedire non potest. Quo loco libellum accipiunt pro delegatione, quasi causæ mixti imperii, quæ nobili iudicis officio, & decretis interpositis expediuntur, non possint delegari: sed nullo iuris testimonio confirmari potest, libellum accipi pro delegatione. Verus itaque & planus eius legis sensus est, quòd vbi decretum necessarium est, non satis est, quòd proconsul subscribat Libello seu scedæ supplici, sed debet solenniter de negotio inquirere, & cum plena causæ cognitione interponere decretum. *l. iudex & l.ult. C. Commi epist. subscr.* audita etiam parte adversa. *l.minorum 6.C.de præd. & al. reb. minor. Alcia. lib.2.Paradox.cap.3.*

Postremo obiicitur *l. Vbicunque. ff. de R. I.* vbi dicitur, quod ubicunque causæ cognitio desideratur, Prætor intervenire debet. *Ex qua l.* colligunt interpretes, in causis magni momenti, quæ magis imperio quàm iurisdictione expediuntur, quæ ad mixtum imperium pertinent, Prætoris præsentiam requiri, ideoque tales causas non posse delegari. Resp. quod causæ mixti imperii pertineant ad Prætoris, Consulis, & aliorum maiorum magistratuum cognitionem: minores enim magistratus, qui sunt sine potestate & imperio, ut sunt magistratus municipales, non habent mixtum imperium. *l. nec magistratibus 32. ff. de iniu. l. ea quæ ff. Ad Munic.* Inde tamen non sequitur, causas mixti imperii non posse delegari, quia is cui Prætor vel alius magistratus mandat iurisdictionem, fungitur vice eius qui mandavit, & locum Prætoris obtinet. *l. solet 16. ff. de iurisd.*

Tertio obstat *l. placet. C. de peda. iudic.* Vbi dicitur, præsides causas de quibus ex officio cognoscere solent, iudicibus delegare non posse. Resp. Iste est sensus illius Legis, quod Præsides gravioribus occupationibus impediti, non possunt generaliter omnium graviorum causarum cognitionem Judicibus pedaneis delegare, sed tamen possunt speciatim, & particulariter, causas graviores, quæ mixti sunt imperii, delegare *Longoval. ad l. 3. §. de iurisd. Ræ var. lib. 3. ambiguit. Iur. c. vlt.* Vide fusius de hac quæstione disputantem *Fachinæum libro 13. contro. Iur. cap. 1. & 96. Nicolaum Genoam in conciliationibus legum pugnantium, conciliat. 3.*

ASSERTIO XIX.

Tutoris datio, neque imperij neque iurisdictionis est. ex l. 6. §. ff. de Tutel.

DISPVTATVR inter interpretes vehementer, an tutores dare sit mixti imperij. Alij id quidem mixti imperii esse contendunt. *arg. l. 1. ff. de iurisd.* vbi *Bart. & communiter DD. Commune placitum esse, affirmat Minsʃ. ad §. sed hoc iure. Inst. de Attil. tuto.* Sed verius est, quod ait *Vlpia. in l. muto. §. tutoris. §. de tutel.* neque imperii esse, neque iurisdictionis, sed eius, cui lex, SC^tum^, vel Princeps nominatim dedit. Itaque tutoris datio est legis, & datur legibus specialiter, hoc est, illis tantùm competit, quibus specialiter dedit lex, SC^tum^, vel Princeps. Sic lex Attilia prætori, Lex Titia præsidibus tribuit ius dandi tutores. *§. 1. Inst. de Attul. tut.* Sic legati Proconsulis ex oratione D. Marci tutorem dare possunt. *l. 1 ff. de & cur. dat. ab his.* Tutoris ergo datio est legis, non imperii vel iurisdictionis potestate continetur. Prætor enim dat tutorem, non quia est Prætor, sed quia nominatim hoc ei dedit lex Attilia. Et ideò si Prætor iurisdictionem suam Titio

Titio mandet (vt poteſt) in Titium non tranſit ius dandi tutoris, quoniam mandata ſunt Titio, ea quæ ſunt iuriſdictionis, non ea quæ ſunt legis, quæ non poſſunt mandari. *l.1.ff.de off.eius cui, &c.* Itaque tutoris datio non poteſt delegari, quia quæ lege, SCto. vel Principum placitis nominatim dantur, demandari non poſſunt. *d.l.1.* *Obijcitur l.3.ff. de tut. & cur. dat ab his, &c.* vbi dicitur, ius dandi tutorem conceſſum eſſe omnibus magiſtratibus, etiam municipalibus. Ergo tutoris datio competit iure magiſtratus. Atqui talia quæ iure magiſtratus competunt, mandari poſſunt. *l.1.ff.de off. eius cui, &c.* Reſp. Ita accipienda eſt *d.l.3.* quod magiſtratibus competat ius dandi tutores, non iure magiſtratus, ſed ex ſpeciali legis conſtitutione, & conceſſione. Ita eleganter reſpondet *Fachin.lib.12. contro.c.vlt.*

Secundò obiicitur *l.1. ff. de iuriſd* vbi dicitur, pertinere ad ius dicentis officium pupillis tutores dare. Ergo videtur tutoris datio eſſe iuriſdictionis. Reſp. Latius patet officium ius dicentis, quam iuriſdictio. Nam & adeo extenditur officium iudicis, quæ non ſunt iuriſdictionis, ſed ſpecialis cuiuſdam permiſſionis à Lege conceſſæ, qualis eſt tutoris datio. Sic & merum imperium, quod Lege nominatim datur, poſtquam delatum eſt magiſtratui, incumbit eius officio. Vnde dicitur, ad præſidis officium & curam pertinere, vt malis hominibus purget provinciam, eoſque conquirat & puniat. *l.3.& l.congruit 13.ff.de off.præſ.*

Poſtremò adverſatur *§.ſed hoc iure. Inſt. de Atti.tuto.* vbi dicitur, quòd magiſtratus municipales iuſſu Præſidum tutorem dent: quo innuitur iuriſdictionis eſſe hanc poteſtatem, non legis, quia delegari poteſt. Sed hoc ita interpretandum eſt, quòd magiſtratibus municipalibus data ſit poteſtas tutorem dandi legibus, non ex delegatione Præſidis. *l.3. de tut.& cur. dat. ab his.* Iure ſuo proprio, & à lege habet hanc poteſtatem magiſtratus municipalis. ſed eius officium in dandis tutoribus, iuſſu & monitione Præſidis excitatur: Iuſſus enim ibi non pro delegatione, ſed excitatione & ad monitione accipitur. *l.1. §.magiſtratibus.ff.de magiſt. conu.l.Lucius 46. §.cum teſtamento.ff.de adm. tuto. Cuia. lib. Obſ.15. c.19. Baro ad d.§.ſed hoc iure. Donel. lib.3.comment. c.3. Pac. cent.5.4.69. Bello.lib.1.ſupput. iur.c.2.* Similiter non obſtat, quod dicitur *in d. §.ſed hoc iure Inſt. de Attil. tut.* quod magiſtratus dent tutores ſecundum ſuam iuriſdictionem, hoc enim intelligendum eſt, quod debeat dare tutores intra limites ſuæ iuriſdictionis, ſeu territorij. *l.1, & 3. l.pupillo 27, ff. de tut. & cur. dat. ab his, &c.*

ASSERTIO XX.

In privatis negotijs filius patrem, & pater filium iudicem habere potest.

IN hanc sententiam respondit Africanus, *in l. in privatis.77. ff. de iudic.* Quæ sententia confirmatur hoc argumento, quòd iudicandi munus publicum sit, & publica numera invitis deferuntur, nisi legitimam habeant excusationem. *l. pen. ff. de vac. mun. l. si longius. ff. de iudic.* Itaque si pater filio, vel filius patri iudex detur, iudicis officio fungi tenetur, quia in his, quæ ad ius publicum spectant, patria potestas non attenditur. *l. filiusfa. ff. De his qui sunt sui iu. l. nam quod. ff. Ad S C. Treb.*

Obstat plurimum huic assertioni *l. 10. ff. de iurisd.* vbi Vlpian. scribit, Qui iurisdictioni præest, neque sibi, neque liberis suis ius dicere debet; quæ antinomia variè ab interpretibus soluitur. Cuiacius in tract. ad Africa. hæc ita conciliat, quòd Africanus in *d. l. in privatis*, ius spectaverit, videlicet filium patrem iudicem habere posse. At Vlpia. *in d. l. 10* honestatem respexit, quòd non cogendus sit pater in causa filij ius dicere: respondet enim Vlpia. quòd magistratus non debet ius dicere liberis suis, in altira lege dicitur, pater filium iudicem habere potest. Hæc non sunt contraria: verbo enim *debet* honestas & officium, sed verbo *potest* ius significatur: potest enim pater iudex esse in causa filij, sed non debet: rectius nanque & honestius fecerit, si iudicandi munere abstineat. Idque confirmatur *arg. l. 3. C. de pign.* vbi dicitur, quod crediter qui ex pacto auctoritate sua possessionem pignoris ingreditur, vim non facit, sed tamen auctoritate Præsidis possessionem pignoris adipisci debet. *Vbi Accur.* verbum *debet* dicit accipi pro *potest*, quod scilicet præses debet auctoritatem præsidis adhibere in adipiscenda possessione pignoris, ex præcedente pacto, non ex necessitate, sed ex vrbanitate, & civilitate. Sic & verbum debet, accipitur pro potest, *in l. observare 4. §. ult. ff. de off. pro cons.* Eandem solutionem probat *Nicolaus Genoa in conciliat. legum pugnantium. conciliat. 4.*

Doctorum tamen communem solutionem sustineri posse arbitror, qui volunt *d. l. 10.* procedere in ordinario iudice, ita quòd pater non possit esse Ordinarius iudex in causa filij, ideò quòd Ordinarius, si fortè suspectus sit, recusari non possit, sed alius ei collega adiungitur. *Auth. si verò. C. de iudic.* At aliud est in iudice delegato, quo casu pater filium iudicem habere potest. Cuius hæc est ratio, quòd iudex delegatus potest recusari. *l. apertissimi. C. de iudic.* ideoque imputet sibi adversarius cum filio litigans,

gans, quòd non recusavit patrem iudicem datum in causa filij. Sic hæc conciliant *gl. Bart. Castr. & in Zaz. in d.l.10.*

Objicitur etiam *l. ille à quo 13. §. ult. ff. ad S C. Trebel.* vbi dicitur, quod Filius qui magistratum gerit, patrem cogere potest, vt adeat hereditatem. Resp. Magistratus prohibetur ius dicere in suorum vtilitatem. At verò adversus se, vel contra suos ius dicere non vetatur, vt fit in hoc casu, vbi Filius qui gerit magistratum cogit patrem, vt adeat hereditatem eamque restituat.

ASSERTIO XXI.

Delegatus iudex iudicis dandi potestatem non habet.

DELEGATVS iudex subdelegare non potest. *tex. est expres. in l. à iudice. C. de iudic.* Ratio decidendi est, quia nihil proprij delegatus habet, sed vice & munere delegantis fungitur: ergo quod ipse non habet, alteri dare non potest. *l. nemo plus iuris. ff. de R. I.* Comparantur enim delegati iudices vsuarijs, vsus autem alicui concessus, personam non egreditur. *Inst. de vsu & hab.* Sic delegatus censetur saltem habere vsum personalem iurisdictionis sibi concessæ. *Sichar. & Zaz. ad d. l. à iudice.* Hæc decisio adeò vera est, vt nec si delegatus propter repentinam absentiam, aut alio impedimento iudicare prohibeatur, alium possit subdelegare. *Bart. in l. legatus 12. in fin. ff. de off. procon. per tex in l. prætor. vers. si post causam ff. de vac. mun. & No. Vt defuncti seu funera. §. porrò illud.*

Objicitur *l. legatus 12. ff. de off. pro on. & l. cùm prætor. §. 1 ff. de indic.* Vbi dicitur, quòd legatus Proconsulis iudicem dare, hoc est, subdelegare potest, quæ *lex 12.* affirmativè legenda est, sicut legitur in Pand. Florent. contra vulgarium Codicum lectionem, vt probant *d. l. cùm Prætor. §. 1. & l. sæpè audivi. ff. de off. præs. Ita notant Budæ. Vacca & Coras. ad d. l 12.* Resp. legatus proconsulis iudex datus non est, sed mandatam habet iurisdictionem. *l observare. § fi. ff. de off. procon.* Ille autem cui mandata est iurisdictio, differt evidenter à iudice delegato. Nam cui mandatur iurisdictio, illi generaliter vniversarum causarum cognitio, seu vniversitas causarum territorij mandatur, cum aliquo magistratus seu officij titulo, vt in legato Proconsulis obtinet. Iudex autem delegatus specialiter ad certas causas constituitur, qui & pedaneus iudex appellatur. *d. l. sæpè. cum l. seq. l. 3. Ne quis eum qui in ius voc.* Ideò autem iudex delegatus alium iudicem dare non potest, quia est ejus qui dedit, minister, & iurisdictionem non habet, *c. fin. de off. iud. de leg.* E contra qui mandatam suscepit iurisdictionem, potestatem habet alium dandi iudicem, quia ipse iuris-

dictione fungitur, licet alieno beneficio. *l.1. §.1. ff. de off. eius cui, &c.* Iurisdictio enim est iudicis dandi licentia. *l.3. ff. de iurisd.*

ASSERTIO XXII.

Ordinarius iudex ius dicendæ mulctæ habet, non verò delegatus.

ORDINARII Iudices, sive magistratus, qui iurisdictionem habent, vt Prætor, Consul, præfectus vrbi, item quibus mandata est iurisdictio, mulctam tantùm dicere possunt. *l.2. §. ult. ff. de iudi. l.2. §.1. ff. Si qu. in ius voc. &c.* Pedanei iudices nullam mulctam dicere possunt, quia nullam iurisdictionem habent, sed tantùm notionem. *l. ait Prætor 5. ff. de re iud. l. aliud est fraus 131. §. ult. de V.S.* Mulctæ dictio iurisdictionis est, & mulctam is tantùm dicere potest, qui iurisdictionem habet.

Adversatur primò huic doctrinæ *l.2. C. de mo. mul.* vbi dicitur, procuratorem Cæsaris, qui tamen habet iurisdictionem, mulctam dicere non posse. Resp. In *d. l.2. §. vlt. de iudic.* traditur, eos tantùm habere ius dicendæ mulctæ, quibus publicè iudicium est, id est, qui publicè iudices sunt, seu qui inter omnes iudicium & iurisdictionem habent. Atqui procurator Cæsaris non est publicè iudex, quia non habet iurisdictionem nisi inter certas personas tantùm, id est, inter fiscum & privatos. Ergo ius dicendæ mulctæ non habet.

Secundò opponitur *l.5. C. de defen. ciu.* vbi traditur, quòd defensores civitatis ius dicendæ mulctæ non habent. Resp. Defensores civitatis non erant publicè iudices, sed inter plebeios & humiles causas cognoscebant non in infinitum, sed ad certam modicam summam tantùm, puta vsque ad 50. solidos, ideòque ius dicendæ mulctæ non habebant. *l.1. de defen. civit.*

Tertiò repugnat *l. ult. C. de sportul.* Vbi dicitur, pedaneis & datis iudicibus permissum esse mulctam dicere. Resp. Additur in *d.l.2. § ult.* iudicibus delegatis, quibus non est publicè iudiciũ seu iurisdictio, non competere ius mulctandi, nisi hoc specialiter eis permissum sit. Itaque in *d.l. ult. C. de sportul.* specialiter permisit Iustinia. iudicibus delegatis, vt possint mulctare non litigatores, sed executores litium, qui in executionibus litium & sententiarum negligenter versantur.

Postremò obstat *l. non ex omnibus 39. §.1. ff. de rec. arb.* vbi scribitur, arbitrum posse mulctare litigatorem contumacem, qui tamen iurisdictionem

nem non habet. Resp. Illud tunc procedit, vbi hoc nominatim à partibus in compromiſſo ei conceſſum eſt, cùm non aliud quicquam vel minimum arbiter ſtatuere poſſit, quam quod formula compromiſſi ei ſit permiſſum *l. non. diſtinguemus 32. §. de officio. ff. de rec arb. Corraſ. ad l. illicitas. §. vlt. ff. de off. præſ.*

ASSERTIO XXIII.

Extra territorium ſuum ius dicenti impunè non paretur.

SI magiſtratus extra territorium, vel ſupra juriſdictionem ſuam jus dicat, nihil agit. *l. vlt. ff. de iuriſd.* Quod adeò verum eſt, vt ſi magiſtratus majorem iuriſdictione ſua ſummam in ſententia comprehenderit, omninò inutilis ſit ſententia, etiam quoad eam ſummam, in qua illi aliâs competijſſet juriſdictio. Judicium enim & ſententia pro parte valere, & pro parte non valere non poteſt. *l. in hoc iudicio 27. ff. Fa. ercisc.*

Adverſatur vehementer *l. 5. ff. de iudic.* Ubi deciditur, etiamſi quis vocetur ad prætorem, ex aliena juriſdictione, debet venire, quia prætoris eſt æſtimare an ſua ſit juriſdictio. vocati autem non contemnere auctoritatem Prætoris. Communiter à DD. hæc contrarietas tali diſtinctione conciliatur, Aut certum eſt, in jus vocatum non eſſe de iuriſdictione vocantis, ut puta ſi magiſtratus aliquem vocet in jus, qui extra provinciam & territorium ſuum degit, & tunc vocatus impune non parebit. *d. l. vlt.* Similiter ſi vocetur parens vel patronus in jus ſine venia prætoris, & cùm venire nollet, ducatur inuitus, tunc actione in factum, pro injuria illata aget contra vocantem ad pœnam 50. aureorum. *l. pen. ff. de in ius voc.* Aut incertum eſt, an vocatus ſit de juriſdictione vocantis, & tunc citatus comparere tenetur. *l. 2. ff. ſi quis in ius voc. d. l. 5.* Sic legati principum, vel civitatis, qui privilegium habent revocandi domum, tamen vocati in judicium tenentur venire, & allegare ſua privilegia. *d. l. 5.* præſertim ſi dubitetur de eorum privilegio. *l. 2. §. ſed. ſi dubitetur ff. de iudic. l. 2. ff. Si qu. in ius voc. non ierit.* Poſtremò notandum, quod ea quæ ſunt voluntariæ juriſdictionis, etiam apud magiſtratum extra territorium ſuum expediri poſſunt. Sic apud Proconſulem extra provinciam ejus manumiſſiones & adoptiones fieri poſſunt *l. 2. ff. de off. præconſ. l. emancipati 36. §. apud proconſulem. ff. de adopt.*

ASSERTIO XXIV.

Pacto quo convenit, vt incompetens iudex adiretur, antequam aditus sit, renuntiari potest.

NVLLA est jurisdictio judicis in eos, qui non sunt suo imperio subiecti, nisi inter consentientes. *l. 1. ff. de iudic.* Possunt tamen illi, qui in judicem incompetentem consenserunt, antequam eum adeant pœnitere, & ab ea conventione recedere, *l. si convenerit, 18. ff. de iurisd.* postquam verò eum adierunt, amplius suam voluntatem mutare non possunt. Incompetens iudex ex consensu & aditione partium fit competens.

Verùm *d. l. 18* graviter obstat *l. pen. C. de pactis*, vbi dicitur, quòd qui semel in pacto, vel contractu aliquo renunciavit privilegio fori sui, & ita consensit in iudicem incompetentem, is omnino cogitur huic conventioni stare, & amplius voluntatem suam mutare nequit. Goveanus ita respondet, quòd quando quis non aliter cum aliquo voluit contrahere, nisi specialiter renunciaret privilegio fori sui, in hoc casu id esse à Iustin. constitutum, *in d. l. pen.* vt tunc non liceat forum declinare, & à conventione recedere. Eandem solutionem probat & amplectitur *Cuiac. in tracta. ad African. ad d. l. si convenerit.* Verùm ex communi DD. distinctione ita videtur rectius respondendum. Aut quis consensit in iudicem planè non suum, & hic non tenetur huic pacto stare, quandiu iudex non est aditus: Ita est intelligenda *d. l. 18.* vt ibi notant *gl. & Bart.* Aut consensit quis in iudicem suum, quem tamen poterat propter privilegium aliquod declinare, & hic tenetur huic conventioni stare, nec licet ei etiam ante aditum iudicem pœnitere. Exempli gratia, Præses provinciæ, item Episcopus sunt ordinarii iudices studiosorum, sed tamen studiosi habent privilegium declinandi eorum iurisdictionem, & ius petendi, vt coram Rectore Academiæ conveniantur. Si nunc convenit inter studiosos, vt non coram Rectore Academiæ, sed coram Præside seu Episcopo litigent, qui etiam illorum non sunt legitimi iudices, non possunt ab hac conventione recedere, quamvis alioqui poterant ex privilegio studiosis concesso, eorum forum declinare. *d. l. pen. Auth. habita. C. ne fil. pro pa. Duare. ad tit. de iurisd. c. 6. Faber in rational. in Pandectas ad l. si convenerit. ff. de iurisd. Nicolaus Genoa. in conciliationibus legum contrarium. in conciliat. l. si quis in conscribendo. C. de pact. & l. si convenerit. ff. de iurisd.* vbi hanc meam sententiam dicit esse elegan-

elegantissimam, & addit se verbotenus mea verba præcisè subiungere. Illud diligenter notandum, quòd licet litigantes, qui promiserunt, se apud iudicem incompetentem iudicium suscepturos, possint revocare promissionem, antequam incompetens iudex sit aditus: diversum tamen est, si debitores promiserint se soluturos, quocunque loco invenientur, tunc enim tenentur solvere, vbicunque fuerint inventi, nec est locus pœnitentiæ. textus sunt notabiles *in l. Lucius 24. ff. depos. l. Titium, 47. §. tutores ff. de adm. tut.* Ita eleganter tradit. *Costa. ad. d. l. si convenerit.* Ratio est, quia ibi quisque contraxisse censetur, vbi solvere promisit. *l. contraxisse 22. ff. de obl. & act l. quamvis 52. resp. 2. ff. de iudic. Bart. ad d. l. si convenerit. ff. de iursd.* Locus enim solutionis est pars contractus, sicut & dies *l. 1. §. nam & dies. ff. de eden. fac. l. quæro 100. de soli. Pulchrè Bald. ad l. si quis in conscribendo nu. 2. C. de pact.*

ASSERTIO XXV.

Idonea cautio fit, tam per pignora quàm fideiussores.

CAVTIO duplex est: nuda & simplex. Item Idonea & sufficiens Simplex est quæ nuda fit repromissione. *l. sancimus C. de ver. sig.* Idonea vel sufficiens cautio, in qua pignus vel fideiussor datur, *l. si mandato. §. vlt. ff. Manda. l. 4. §. addici ff. de fid. lib.* Quoties cautio idonea exigitur, regulariter ei qui cauere debet, alterutrius optio datur. *l. promissor. 21. §. 1. ff. de const. pec.* vbi dicitur, quòd qui promisit se satisdaturum, fideiussores vel pignora dando liberatur.

Obiicitur *l. prætoriæ. 7. ff. de præt. stip.* vbi quis non liberatur dando pignus, sed dato fideiussore. Resp. Id vitium positum esse in natura prætoriæ stipulationis, quæ apud prætorem in iure pro tribunali interponitur, eò non adfertur arca cum argento, sed eò adducuntur fideiussores. Cautiones igitur, quæ fiunt in iudicio, solennes esse debent, & cum fideiussoribus, *l. 1. & ibi gl.* C. de procu. Accedit & hæc ratio, quòd prætoriæ cautiones formam & legem à prætore accipiunt, cui nihil addere vel detrahere licet. *l. in conventionalibus 52. de V. O.* Sic satisdationes iudicio sisti vel iudicatum solvi, item rem pupilli salvam fore, & aliæ prætoriæ cautiones fideiussoris dationem requirunt. *l. 1. & l. quoties. ff. Qui satis. cog.* nec his casibus pignora dando quis liberari potest. *d. l. 1. C. de procur. & l. prætoriæ 7. ff. de præt. stit.*

In contractibus autem pignoribus caveri sufficienter potest, itaque qui convenit fideiussorem dare in aliquo contractu, dando pignora liberatur, cùm plenissima sit cautio pignoratitia: quippe cùm expediat, & longè tutius sit rei incumbere, quàm in personam agere. *l. plus cautionis. ubi Decius de R. I. §. furti. Inst. de ob. ex delic.* Plus enim cautionis est in pignore, quàm in fideiussore: quoniam minus est habere actionem, quàm rem: Qui habet pignus paratum habet rei familiaris subsidium, vel eo pignori dando, *l. 1. C. si pig. pig. dat.* vel post denuntiationem id vendendo. At in fideiussore persequendo, & iudicij exitus incertus est, & inanis interdum actio, si fideiussor labatur facultatibus, si creditum abiuret, item molestiæ magnæ, & expensæ litigandi subeundæ sunt actori. *l. quod debetur 51. ff. de pecu.* In contractibus itaque non minus pignoribus, quàm fideiussoribus caveri potest. *l. 4. C. Quæres pig. Wesem. in parat. Qui satisd. cog.* Vide aliter distinguentem *Oldend. in classib. clas. 1. act. 7.*

ASSERTIO XXVI.

In conuentione iudicio sistendi causa, generalis renuntiatio casuum fortuitorum non valet.

VERIOR hæc est sententia, quòd in iudicialibus seu prætoriis stipulationibus, generalis renuntiatio casuum fortuitorum non valeat. hoc modo: Promitto quòd me, vel alium iudicio sistam, nullo obstante casu fortuito: sed ita demum valet generalis renuntiatio, si specialiter exprimantur quidam casus fortuiti, quia tunc valebit in similibus casibus, & minoribus expressis. *l. 4. §. quæsitum ff. si quis caut. l. fluminum 24. §. Cassius ff. de dam. inf.* In contractibus autem, generalis casuum fortuitorum renuntiatio, nullo eorum specialiter expresso, eiusdem momenti ponderisque est, cuius specialis casuum sigillatim expressorum renuntiatio, vt puta si quis dicat, recipio in me, seu obligo me ad periculum casuum fortuitorum. *l. quæ fortuitis. C. de pig. act. l. 1 C. commo. l. Bart. & DD. in d. §. quæsitum. Zoarez in thesaur. recep. sent. opin. 27. litera C.* Ratio decidendi est, quòd evenire possunt casus fortuiti, de quibus nunquam cogitatum est. Altera ratio est, quòd tanta sit horum casuum fortuitorum æquitas, ut non videatur generalibus verbis renuntiatum, sicut in generali obligatione bonorum receptum est, ut non veniant ea quæ quis verisimiliter non fuisset obligaturus *l. obligatione ff. de pignor.*

Obiicitur, quòd tantum valeat renuntiatio casuum fortuitorum generaliter

raliter facta, quantum si specialiter casus fortuiti exprimantur, quia idem operatur genus, quod enumeratio omnium specierum: per regulam iuris quæ habet, quòd expresso genere, censentur singulæ species expressæ. *l. si chorus 79. in verb. perinde est quasi singuli. de leg. 3.* Resp. Non obtinet hæc regula in iudiciis, vt scilicet generalis cautio, qua quis promittit, se nulla exceptione casuum fortuitorum vsurum, valeat. Ratio est quia fieri potest, quòd quidam casus fortuiti eveniant de quibus non est cogitatum à litigantibus. Altera ratio est, quòd speciale est in iudicialibus, & prætoriis stipulationibus, vt mitius agatur in iis, quia diiudicantur ex mente prætoris, qui noluit sub involucro & generalitate verborum quem decipi. *l. in conventionalibus 52. de V. O. l. qui cum tutoribus 9. §. ult. ff. de transact. Sichard. ad l. 1. nu. vlt. C. de commod. Pinel. ad 1. par. l. 2. de resc. vend. c. 3. num. 26.*

ASSERTIO XXVII.

Sententia diebus feriatis lata, valet consensu litigatorum.

IVDICIVM habitum, & sententia lata diebus feriatis, ita demum valet si vel partes expresè renuncient ferijs, vel tacitè, puta si partes præsentes sponte litigent. Probatur expresè hæc sententia in *l. 1 §. 1. & l. 6. ff. de fer.* Ratio est, quia litigatores ferijs in favorem suum introductis renunciare possunt. In quo tamen articulo ita distinguendum: Aut feriæ sunt in favorem hominum introductæ, puta messis & vindemiarum; & hisce partes possunt renunciare, & valebit iudicium & sententia eo tempore lata. *d. l. 1. & l. 6.* Aut feriæ reverentiæ & cultui Dei destinatæ sunt, & ijs minimè renunciari potest, neque actus iudiciarij eo tempore initi valebunt, etiam partibus volentibus. *l. omnes 7. in verb. sacros quoque. C. de fer. Ita notat Costal. in d. l. 1.*

Sed huic sententiæ vehementer obstat *l. si feriatis 36. ff. de arbit.* vbi dicitur, quòd sententia arbitri ex coactione Prætoris die feriato lata, valeat, & quòd cogantur litigatores huic sententiæ stare. Resp. Quòd illa *l.* accipienda est vel de eo casu, quo dies compromissi erat exitura; tunc enim cogitur arbiter etiam feriatis diebus sententiam ferre, *l. Pomponius 13 §. fin. ff. de arbit.* Vel quòd Prætor ibi arbitrum coëgit sententiam dicere, partibus ita volentibus. *arg. d. l. 1. gl. in d. l. si feriatis.*

ASSER-

ASSERTIO XXVIII.

Actor emendare & declarare libellum ad sententiam vsque, mutare verò & substantiam eius corrigere duntaxat vsque ad Litem contestatam potest, ex communi DD. opinione, contra CVIACIVM & DONELLVM.

PROBATVR hæc decisio per *l. non potest. ff. de iudic.* vbi dicitur, Non potest videri in iudicium venisse id, quod post litem contestatam accidit, ideòque alia interpellatione opus est. Vnde sequitur, quòd post litem contestatam non possit mutari libellus, sed novo iudicio sit agendum. Secundò confirmatur hæc conclusio per *l. edita C. de eden.* vbi dicitur, libellum posse emendari vel mutari, prout edicti perpetui monet auctoritatas. Quod edictum accipi debet de ista decisione, vt liceat actori tantùm prædicto modo libellum emendare & mutare, ita vt sententia edicti contineatur in d. l. non potest, vt volunt communiter *DD. teste Zazio ad §. si minus. Inst. de action.* Facit huc, quod in iure traditur, quod ante Litem contestatam non dicitur quis agere, sed agere velle. *glos. in l. si postea quam. ff. de pecul. per l. amplius. ff. Rem rat. hab.*

In contrarium adfertur *l. 4 §. si detracta. ff. de nox. act.* vbi admittitur mutatio libelli vsque ad sententiam, quia ibi actor qui egerat noxali actione contra dominum, tanquam scientem, postea mutat actionem, & agit contra dominum, quasi ignorante eo damnum datum sit. Resp. Qualitas adventitia libelli vsque ad sententiam mutari potest, quia per hoc non mutatur actio, neque factum principale, scilicet facinus servi. *Zaz. in d. §. si minus. num. 6.* Non potest itaque quis mutare actionem in eodem iudicio, post litem contestatam. *l. prætor. §. hæc autem actio. ff. Vi bo. rap.* sed potest hoc quis impetrare, vt ex eadem formula actionis durior sequatur condemnatio.

Secundò obstat *Auth. qui semel. C. Quom. & quan. iud.* Vbi dicitur, qui semel libellum obtulit, cogitur in eo vsque ad finem litis persistere, ergo nulla omnino permissa est mutatio. Resp. Ista Auth. tantùm de actoribus, qui causas differunt, seu subterfugiunt & protrahunt iudiciũ, disponit, & libelli mutationem non prohibet, sed statuit, vt qui semel proposuit actionem, si postea desistat & deserat iudicium, neque causam inchoatam prosequatur, ab omni cadat actione, ne lites fiant immortales.

Vltimò

Vltimò obstat *§. si minus. Inst. de acti.* vbi dicitur, quòd minus debito petens possit eodem iudicio errorem corrigere, & quod reliquum est, petere. Resp. Quod ibi simpliciter & generaliter traditur, hoc ex alijs legibus est supplendum, & distinguendum: vt eatenus liceat libellum addendo detrahendo vel mutando reformare, quatenus hoc edictum Prætoris permittit, nimirum vsque ad litis contestationem. Sæpè enim quod in vna lege generaliter & indefinitè statuitur, ex alia distinctionem & temperamentum recipit. Summa est hæc, quòd libellus declarari ad sententiam vsque, imò & qualitas extrinseca libelli eò vsque emendari possit, mutari verò & substantia eius corrigi tantùm vsque ad litem contestatam potest. *d. §. si detracta. l. si quo 41. ff. de pet. her. Wes. in parat. num. 8. de eden.* vbi hanc communem esse Doctorum conclusionem tradit. Dissentiunt ab hac opinione *Donel. ad l. edita. C. de eden. Cuiat. ad §. Si minus. Inst. de actio.* qui Libellum emendari & mutari posse vsque ad sententiam statuunt dummodò actor Reo damna, quæ ob præcedentem petitionem passus est, restituat per *l. nemo potest 75. ff. de R. I. l. cum quem 79. ff. de Iudic. l. 4. §. ult. ff. de noxa. act.*

ASSERTIO XXIX.

Fides hosti data servanda est, contra BARTOLVM.

QVIA inter hostes est Iuris gentium communio. *l. ult. ff. de legat.* sequitur, quòd obligationum & conventionum inter eos quoque sit communio. Vnde pacta tam inter duces belli, quàm inter privatos milites & hostes inita, firmiter servari debent. *l. 5. ff. de pact. Bart.* autem & eum secuti DD. existimant, fidem hosti datam non esse servandam, si à privato milite sit promissio facta: sed quæ à duce belli promissa sunt, citra controversiam servari debent, *d. l. 5. Quæ distinctio rectè à Duareno, Hotomanno in illustr. quæstio. quæst. 7. & Couarruuia reprehenditur.* Nam & privatus privato datam in bello fidem servare tenetur. Vnde si miles captivus hosti pro redemtione corporis sui λύτρον promisit, illud omninò exsolvere debet, oritur enim ex illa obligatione actio efficax in personam promittentis. *l. nam & Servius 21. ff. de neg. gest.*

Contra hanc sententiam adfertur primò argumentum *ex l. 1. ff. de dol. mal.* Vbi dicitur, dolum esse bonum, si quis adversus hostem vel latronem machinetur. Resp. Hoc pertinet ad insidias & stratagemata, quibus ante fidem datam adversus hostes vti, non minus quàm aperta vi permissum est, nihil enim penè hic dolus à virtute distat. Quò pertinet illud

Virgilij, Dolus, an virtus, quis in hoste requirit? Quod ergo dicitur, dolum bonum esse, qui contra hostes committitur, intelligendum est, quando non præcessit data fides, Dolo contra hostes, non perfidia vti licet: fidem enim hosti semel datam amplius violare non permittitur. *Hotom. in illud. quæst. q.7. Quod & eleganter Cicero 3. Offic.* confirmat, dum inquit, Et fides iurisiurandi est etiam cum hoste servanda. Hinc M. Attilius Regulus laudatur, quod cum retineretur ab amicis & propinquis, ad supplicium redire maluit, quam hosti semel datam fidem fallere.

Secundò objicitur *l. nihil. 26. ff. de capt. & postl. reu.* vbi dicitur, nihil interesse, quomodo captivus reversus sit, vtrum dimissus, an vi vel fallacia hostium potestatem evaserit. Resp. Id tantùm intelligendum est, cùm de iure postliminij quæritur. Quo casu licet id tantùm considerandum sit, an ab hostibus aliquis redierit, animumque habeat remanendi in civitate, non ideò tamen minus fidem hosti datam liberare tenetur.

Tertium argumentum depromitur *ex l.1. ff. Quod met. caus.* vbi ait Prætor, Quod vi metùsve causa gestum erit, ratum non habebo: sed pacta cum hostibus inita, vi extorta videntur: ergo non sunt servanda. Resp. *Duar. ad l.1. ff. de pact.* quòd edictum illud prætoris ad metum, qui iure licito alicui infertur, non pertinet, *l. si mulier 21. ff. Quod met. cau.* qualis est, qui iusto bello infertur. Cùm ergo in bello quod iustè & legitimè geritur, aliquid hostes inter se temporibus adducti promiserint, debet hoc inviolabiliter servari.

Quartò adversatur *l.1. & 2. C. Quan. lic. vnicuiq. sine iud. se vind. & l.2.3. & 4. C. Ad l. Corn. de sic.* vbi licet vnicuique latronem & transfugam propria auctoritate occidere. Resp. Legum & iuris permissione concessum est latronem & transfugam occidere, vbi quis aliter vim illatam propulsare, & aggressorem repellere non potest. Vim enim vi repellere omnes leges omniaque iura permittunt. Verùm post ereptam sibi hanc libertatem, hoc est, postquam quis hosti fidem dedit, hæc facultas eum interficiendi ei adimitur.

Sic ergo in hac quæstione concludendum: Aut hostis promisit aliquid hosti contra ius militare & publicum, & hoc non est servandum. Aut promisit pertinens aliquid ad rem privatam, & hoc servare tenetur, *l.7. §. si paciscar. ff. de pact. Decius in l. ea est natura. de R.I. Fortun. Garsias ad l.5. ff. de pact. Duaren. d. loco. Vide Fachin. lib.9. contro. c.58. & Bodin. lib.5. de Repub. c. ult.* vbi refert improbè & perfidè factam esse à Sigismundo Imp. quod instigante Pontifice Romano & Episcopis, datam Iohanni Huss, & Hieronymo Pragensi fidem in concilio Constantiensi fregerit, cum data fide eis promisisset, quod salvi & incolumes domum redituri essent, interim de

concilij sententia eos de hæresi damnari & exuri iussit, in quo concilio hoc improbum & detestandum decretum factum & conclusum est, hæreticis non esse servandam fidem.

ASSERTIO XXX.

Pacta de succedendo vel non succedendo super hereditate viventis, iure civili non valent.

INVTILIS est stipulatio, si quis stipuletur de futura successione: nam contra ius publicum & bonos mores est hoc pactum, eo quod inducat votum captandæ mortis. *l. stipulatio 61. de V.O. l. 4. C. de inut. stip. l. cum donationis. C. de transf.* Imò ne quidem conventio inter duos facta de mutua successione valet, vt si convenerit, vt qui supervixerit, alterius bona habeat. Excipiuntur commilitiones, qui possunt se invicem heredes pacto efficere. *l. licet. C. de pact.* Duo etiam, qui sperant se alteri successuros, possunt eo vivente de divisione hereditatis pacisci: quod pactum valet, si is de cuius hereditate agitur, consenserit divisioni, & in ea sententia vsque ad extremum vitæ spiritum perseveraverit. *l. ult. C. de pact.*

Opponitur *l. 3. §. de illo. ff. Pro soc.* vbi duo coierunt societatem de hereditate futura communicanda, hæc conventio valet. Sed ibi agitur de hereditate incerti hominis, Si qua forte hereditas ad me pervenerit, communis erit. Hæc conventio nihil vitij habet, cùm certæ personæ nomen non adscribitur.

Secundò opponitur *l. 7. §. pen. ff. de pact.* vbi vivo adhuc patre filius paciscitur de bonis patris. Resp. Filius ibi paciscitur cum creditoribus paternis, ad hoc tantùm, vt se liberet & exoneret debitis paternis, puta vt creditores contenti sint certa tantùm parte debiti paterni. Tale pactum valet ad liberationem filij. Si diminueret filius bona patris adhuc viventis, vt si quid promitteret ex bonis patris vivi, si quid donaret, nulla esset donatio. *l. donari 29. §. ult. ff. de donat.*

Tertiò obstat primæ parti assertionis, quod scilicet pacta de succedendo non valeant. *l. non aliter 18. ff. de adopt.* vbi dicitur, quod qui ad impuberis adrogati hereditatem vocantur, possunt stipulari ab adrogatore sibi hereditatem restitui, si impubes adrogatus ante pubertatem moriatur. Resp. Pacta non valent, vt hereditates de novo acquiramus. Attamen valet pactum, vt hereditatem quæ Legitimo iure ad nos pertinet, nobis conservemus.

Quartò opponitur *l. quidam cum filium 132. de V.O.* vbi valet conventio,

 qua is

qua is qui alienum filium susceperit, promisit se eum observaturum, vt filium. Quibus verbis innuitur pactum valere de succedendo, cum filius sit instituendus heres, vel nominatim exheredandus. Resp. His verbis, si eum aliter quam filium observavero, non apertè, sed tacitè successio hereditaria inducitur: eaque pactio rata ac firma est: cum multa quæ expresse fieri non possunt, tacitè facta valeant. *l. si quis Sempronium 68. ff. de her. inst. l. expressa 195. ff. de R.I.* præsertim si iusta & rationabilis causa subsit, vt in hoc pacto, quod non tam ob id, vt suspectus filius succedat, fieri dicitur, quam vt exhereditationis notam effugiat. Exhereditatio quippe nota est & macula. *l. multi 18. ff. de liber. & posth.*

Quinto opponitur *l.2. §. illud. ff. de her. vel act. vend.* vbi traditur, quòd in venditione hereditatis testatoris, venit etiam hereditas impuberis, maximè si iam delata sit. Vnde colligitur, vendi etiam posse hereditatem impuberis, etiamsi nondum sit delata, hoc est, licet filius impubes adhuc vivat. Resp. Particula, maximè, ibi ponitur pro vtique, vt hic sit sensus: In venditione hereditatis testatoris, venit hereditas filij impuberis, si hoc actum sit, maximè, hoc est, vtique si iam delata sit hereditas impuberis, hoc est, si iam mortuus fuerit filius impubes.

Nunc videndum de pacto de non succedendo. Non valet etiam pactum tale, vt non succedat is qui à lege vocatur, nam est contra ius publicum, vt si conveniat, vt filius sit contentus certis bonis, & non agat querela inofficiosi. *l. si quando. §. illud. C. de inoff. test. l. fin. ff. de su. & legit.* Opponitur, quod quilibet potest favori pro se introducto renuntiare. *l. pen. C. de pact.* Item quod quilibet potest spem futuræ actionis sibi competentem pacto remittere. *l. spem. 3. C. de donat.* Resp. Potest quidem quis pacto iuri pro se introducto renuntiare, nisi hoc pactum repugnet iuri publico. Tale autem est pactum de non succedendo, quia successio tàm ab intestato, quam testamentaria est iuris publici, cui privatorum pactis derogari non potest. *l. 3. ff. de testam. l. ult. ff. de su. & legit.*

Secundò opponitur *l. 1. §. si parens. ff. Si à paren. qu. manu.* Sententia eius §i. est: Pater manumissor habet contra tabulas filij bonorum possessionem, si præteritus sit: Verùm repellitur exceptione doli, si filius tantum in eum contulit, quantum satis est; puta si adepta legitima portione, pactus est cum eo filius, ne testamentum eius pater inquietet. Ergo videtur probata pactio legibus de non succedendo. Respondendum. In ea specie satisfactum est patri, quia legitimam portionem sibi debitam ex bonis filij accepit. Idemque servatur de portione patroni. *l. 3. §. sed et si. de bo. liber* Pactum itaque de non succedendo, quo tantum ex conventione quis perci-

percipit, quantum ei ex ſucceſſione debetur, valet, quoniam nihil fit contra bonos mores. *l. cum quo 56. §. fi. ff. Ad l. Falc. Old. in libel. de except. tit. de except. con. pact. At in d. §. illud.* pater dedit filio certas res, quæ non ſufficiebant ad legitimam, itemque pater adiecit, vt ijs rebus eſſet contentus. *d. l. ſi quando. §. & generaliter.* Si dediſſet pater quantum ſatis eſſe ad legitimam, rectè conventum eſſet, vt abſtineret reliquis bonis. Itaque filius qui accepta legitima debita iure naturæ, renunciat ſucceſſioni paternæ, excluditur à ſucceſſione patris. *l. ſi non mortis 25. ff. de inoff. teſt.* non propter pactum, ſed quia lex ita ſtatuit, vt filius citra vllum pactum accepta legitima, removeatur à querela inofficioſi. *l. Papinianus. §. ſi quis mortis. ff. de inoff. Donel. ad l. ult. C. de pact. Duaren. ad l. 61. de verb. obl. Cuiac. ad l. 26. ibid.*

Tertiò objicitur *l. 1. l. cùm proponas. C. de pact. l. de fideicommiſſo. C. de tranſ.* Vbi dicitur quòd fideicommiſſum fratribus reciprocè iniunctum pacto remitti poſſit. Ergo tranſactio de non ſuccedendo valet, & propter tranſactionem fideicommiſſum non petitur. Reſp. In prædictis legibus agitur de fideicommiſſaria hereditate: atqui per fideicommiſſum ſucceditur teſtatori, non heredi, qui rogatur fideicommiſſum reſtituere. *l. coheredi. §. cum filiæ. ff. de vulg.* Itaque quando ſpem fideicommiſſi ab herede relicti fideicommiſſarius pacto remittit, non de hereditate viventis, ſed teſtatoris iam mortui paciſcitur. *Donel. ad l. 1. C. de pact.*

ASSERTIO XXXI.

Pactum bonæ fidei contractibus adiectum parit actionem, ſed ſtricti iuris contractibus appoſitum, actionem non producit.

PROBATVR hæc deciſio per *l. in bonæ fidei C. de pact.* vbi dicitur, quòd in bonæ fidei contractibus ex pacto incontinenti addito oritur actio: ergo excluduntur ſtricti iuris contractus: nam incluſio vnius eſt excluſio alterius. *l. cùm prætor ff. de iud. Idem probat l. 7. §. quinimò ff. de pact.* vbi geminantur hæc verba, quòd bonæ fidei contractibus pacta adiuncta creent & informent actionem; quaſi innuat ſecus eſſe in ſtricti iuris contractibus. Si enim indefinitè verum eſſet, pacta in omnibus contractibus actionem parere, generaliter tradita eſſet regula, non reſtricta ad bonæ fidei contractus. Tertiò confirmatur hoc ex eo, quòd in ſtricti iuris

contractibus extensioni non est locus. Quicquid enim ijs palam verbis non est expressum, pro omisso habetur. *l. quicquid. de V.O.* sed vt ex pacto stipulationi subiecto oriatur actio, hoc inducit extensionem stipulationis, ergo stricti iuris contractibus pacta adiecta, actionem non producunt: Aliud est in bonæ fidei contractibus, qui ex tacita partium voluntate extensionem vel interpretationem recipiunt. Inst. de oblig. ex consen. Hanc opinionem sequuntur *Curtius, Decius, & Porcius in l. petens. C. de pact.*

Huic sententiæ primò refragatur *l.lecta.ff. de re. cred.* vbi dicitur pacta incontinenti apposita inesse stipulationi, quod perinde est ac si dicas esse partem stipulationis, ideòque actionem pariunt. Resp. Pacta insunt contractibus stricti iuris ex parte rei, non actoris, & ita loquitur *d.l. lecta.* vbi pactum fuit interpositum favore & gratia rei, vt longius tempus haberet ad pecuniam reddendam, non verò in vtilitatem actoris. Hoc igitur dicit lex, quòd pactum incontinenti adiectum stipulationi, minuit actionem ipso iure, id est, reus ipso iure tutus est, nec est in eum actio, & ideò non opus est reo exceptione, *l.3. ff. de resc. vend.* quæ tunc solùm necessaria est, cùm actio iure civili tenet. *Cuiac. lib.10. Obs. cap.24.*

Secundò objicitur *l. petens. C. de pact.* vbi pactum subditum stipulationi prodest ad actionem producendam. Resp. quòd ista interpretatio non est vera, quia non ex pacto ibi agitur, sed ex stipulatione, cùm pactum non sit appositum reformandæ vel confirmandæ stipulationis gratia, sed stipulatio potius servandi pacti causa secuta est, Non itaque *d.l petens,* de pacto adiecta, qua pactum confirmatum est, loquitur. *Ita tradit Cuiat. ad l.7.§. quinimio. ff. de pact.* Dissentiunt ab hac opinione *Hotom. in illust. quæst.34. & lib.7. Obser. c.35, Duare. ad l.Iuris gentium.ff.de pact. Godæ. de contr. stip.cap.8.concl.1. Fachin. lib.2. controver. Iur. contro.99.*

ASSERTIO XXXII.

Pupillus absque auctoritate tutoris naturaliter obligatur.

ANCEPS & controversa est quæstio, An pupillus sine auctoritate tutoris naturaliter obligetur. Sunt leges, quæ affirmant, pupillum sine tutore obligari naturaliter. *l. 1. ff. de noua. l. si eius 64. ff. ad SC. Treb. l. si pupillus 21. ff. Ad l. Falc.* Sunt quæ negant pupillum obligari naturaliter. *l. quod pupillus 41. ff. de cond. indeb. l. pupillus 59. ff. de obl. & act.* Communiter à DD. ita distinguitur quòd si pupillus capax doli sit, & pubertati proximus, obligetur naturaliter; si non sit, non obligetur. Hanc distinctionem ab omnibus

omnibus receptam eſſe, teſtatur *Coſtal.in d.l.quòd pupillus.* Sed non videtur probabilis: nam primùm nuſquam in legibus, quibus de naturali obligatione pupilli agitur, hæc diſtinctio adhibetur. Deinde cùm plus quàm manifeſtum ſit, quòd in infante nullus intellectus exiſtat, veriſimile non eſt, IC^tos de tam plano & facili caſu tot reſponſa protuliſſe, cùm leges debeant de caſu dubio, non indubitato ferri. *l.quod Labeo.ff.de Carb.edic.* Rectius itaque & melius Baro, meo judicio, tali diſtinctione hæc reſponſa mirabiliter pugnantia conciliat, quòd pupillus qui intellectum habet, & conſentire poteſt, obligetur iure naturali primæuo ſeu antiquo: ex quo introducta ſunt religio, veritas, conſtantia, &c. ſed non jure naturali ſecundario, ſeu jure gentium, ex quo contractus & commercia introducta ſunt: ita vt ea obligatio pupillo damnoſa eſſe nequeat: quia ius gentium noluit tam teneræ & imbecilli ætatulæ conſenſum in negotiis & commerciis detrimento eſſe: ideoque iſta obligatio, qua pupillus tenetur, repetitionem indebiti non impedit. *d.l.quod pupillus Eleganter Baro in manual.de cond. indeb. & Inſt. de auct.tuto.* Naturalia ergo debita dicuntur, ſi pupillus ſine tutore promiſit, vel mutuum accepit, ſed tamen pupillus iure gentium hæc debita ſolvere non tenetur; imò nec naturale hoc debitum tam efficax eſt, vt ſoluti repetitionem impediat. *l. interdum 29.ff. de cond. inu.*

Duo tamen naturalis obligationis pupilli ſunt effectus. Primus eſt, quòd in hoc vtile eſt tale debitum, vt fideiuſſores qui pro pupilli obligatione intervenerunt, teneantur efficaciter. *l.ſi pupillus 27.ff. de V.O.l.vlt.ff.de iureiur.*

Secundò debitum naturale pupilli eò prodeſt, vt ſi pupillo ſuccedat huiuſmodi creditor naturalis, qui ei pecuniam ſine tutoris autoritate credidít, ſolidum debitum ex hereditate retineat & deducat, & non tantùm id, in quo pupillus locupletior factus eſt. *l.Stichum.§ aditio.ff.de ſol.* Ratio huius iuris eſt, quòd multa retineri poſſunt, quæ acquiri nequeant, ideoque facilius creditor retinet in hoc caſu quod habet, quam conſequitur quod non habet. Ad extremum notandum, quòd ſi pupillus locupletior factus ſit ex contractu, non ſolùm naturaliter, ſed etiam civiliter & efficaciter obligatur. Nam poſt reſcriptum D. Pii (quo ad hoc opus erat, vt ex naturali obligatione daretur actio) obligatur ciuiliter: ideoque vtili actione efficaciter conveniri poteſt, in quantum ex contractu locupletior factus eſt. *l. 3 §.pupillum.ff. de neg.geſ.l.5.ff. de aut. tut.l. 3. ff. Comm. Cuiac. ad d. l.ſi pupillus. gloſ. ad l. 1.ff.de noua. Duare. ad l.ſi pupillus 127. ff.de verb. oblig.*

ASSERTIO XXXIII.

Minores sine curatoribus suis rectè obligantur.

PROBATVR hæc propositio in *l.puberes 101.ff.de V.O.* vbi dicitur, quòd puberes sine curatoribus suis promittendo obligentur. Cuius legis hæc est sententia, quòd puberes de persona sua promittere & obligari possunt, & ex personali obligatione, quam sine consensu & auctoritate curatoris, inierunt, adstringuntur, non attenta distinctione DD. an minor habeat curatorem, necne: quia minori etiam curatorem habenti, non opus est eius consensu in obligatione personæ. *l.vlt.§.1.ff.d. V.O.*

Porrò hæc l. puberes, malè accipitur à DD. de puberibus, qui curatorem non habent, cùm lex dicat, puberes sine curatoribus SVIS possunt obligari, verbum SVIS indicat minores curatorem habere. Sic ergo statuendum est, quod in administratione & alienatione bonorum, opus est minoribus consensu & approbatione curatoris, quia minores XXV. annis rerum suarum non sunt idonei administratores, ideoque sine curatoribus bona sua non possunt alienare nec administrare, quamvis rem suam benè gerant *l.1.& 2.ff.de min.* sed personaliter se obligare possunt, & ex contractibus absque auctoritate curatorum initis tenentur. Ratio est, quòd curator datur bonis, ideoque bona quæ eius officio sunt commissa, minor absque curatoris consensu obligare vel alienare non potest: personæ verò quia curator non datur, neque in personam puberis curator vllum ius habet. *l.in copulandis. C.de nupt.* ideo respectu personæ minor contrahere & se obligare potest absque curatoris consensu. Vnde & absque auctoritate curatoris, minor velut sui iuris matrimonium contrahere potest. *l.sciendum 20.ff.de rit.nup. VVesem.ad tit.Inst.de aut.tut. & in Parat.ff.eod. Cuiac.ad l.puberes 101. ff.de verb.obl.* quem sequitur & approbat *Fachin.lib.3.contro.Iur.c.9. Nicolaus Genoa in conciliat.legum juris civilis contrariarum.cap. De confutatione opinionum leges in jure civili contrarias arguentium.*

Neque hæc sententia everti potest ex *l.3.C.de rest. in int.* qua colligunt DD. contractum à minore, qui curatorem habet, sine eius auctoritate initum, esse ipso iure nullum, adeò quod restitutione in integrum opus non habeat, quia *d.l.3. de alienatione* rerum, veluti de venditione iam perfecta impletaque, non de obligatione loquitur. Minor XXV. annis non potest res suas tam soli quàm mobiles vendere sine auctoritate curatoris, quia curatori administratio bonorum eius commissa est *d.l.1.* At quæ personam suam spectant, ea solus minor sine curarore suo exercet, vnde & de

persona

persona sua vtiliter sine curatore suo promittit, quia in personam eius ius & potestatem curator non habet. *d. l. sciendum. Cuiac. lib. Obs. 19. c. 34.*

Secundò obiicitur, quod prohibita alienatione bonorum minori, censeantur ea quoque prohibita, per quæ pervenitur ad alienationem. At vero ex obligatione minoris valida pervenitur ad alienationem bonorum, si is qui ritè obligatus est, nolit solvere. *l. 5. §. si pupillus stipulanti. ff. de reb. eo. qui sub tute.* Resp. Ea alienatio minus periculosa est minori 25. annis, quæ non nisi per iudicem & causa cognita fieri potest, & per consequens, si appareat justam causam obligandi minoris fuisse, nec adversus eam obligationem restitutio in integrum ex iusta causa postuletur. Vide aliam solutionem inter *l. puberes 101. ff. de V. O. & l. 3. C. de rest. in int. apud Vulte. in discept. scholast. c. 16.* Dissentit ab hac sententia *Godæ. in tract. de contr. stipul. cap. 7. conclus. 14. & ad l. princeps 21. ff. de V. S.* Vide *Anto. Fabr. in Iurisprud. Papiniana. tit. 12. de tutel. princ. 6. illat. 25.* vbi eleganter confirmat prædictam solutionem & conciliationem, quæ tradita est *à Cuiacio inter l. 3. C. de rest. in int. & d. l. puberes. ff. de V. O.* & à me hic comprobata. *Vide latius de enucleatione hujus quæstionis differentes Ioan. Robert. lib. 1. Animadversion. juris civilis c. 12 Emanuel. à Costa. lib. 2. Select. interpretat. c. 10. nu. 8. Ioannem Mercerum lib. 1. opinionum. cap. 6.*

ASSERTIO XXXIV.

Prodigo non ipso iure, sed magistratus decreto bonorum administratione interdicitur, & post interdictionem promittendo, ne quidem naturaliter obligatur.

QVÆSTIO est dubia inter DD. An prodigo ipso iure interdicatur administratione bonorum, vel an opus sit decreto & interdictione iudicis. Breuiter hæc est veritas, quod olim prodigis ipso iure, ex lege 12. tab. interdicebatur bonorum administratione, & in cura agnatorum esse iubebantur: sed hodie Prætor prodigo bonis interdicit, & curatores dat. *l. 1. l. Iulianus. 10. in verb.* quibus per Prætorem bonis interdictum est. *ff. de cur. fur. Vigl. ad §. item prodigus. Inst. Qu. non est per. fa. test.* Et eam esse communem DD. sententiam notant *Villalobos in com. opin. litera P. Vivius lib. 2. com. opin. op. 240.* Debet itaque prodigis primò bonis interdici per judicem, neque ante interdictionem habetur prodigus. Ratio est, quia nemini absque causæ cognitione rerum suarum administratio auferenda est. *l. 2. ff. De his qui sunt sui iu.* Quod adeò verum est, vt etiam si notoriè quis sit prodigus, tamen

 men

men ante ſententiam & interdictionem iudicis bonorum adminiſtratio ei non auferatur. *Vigl.d.loco.* Hæc ſententia præter ſupradictas leges, etiam probatorum authorum teſtimonio confirmatur, vti ex illo Horatii loco apparet. Interdicto huic omne adimat ius, Prætor, & ad ſanos abeat tutela propinquos Vnde & certa formula, qua prodigis bonis interdicebatur apud Romanos fuit vſitata, quæ extat apud Paulum in ſententiis hiſcē verbis. Quando tua bona paterna & avita tua nequitia diſperdis, liberoſque tuos ad egeſtatem perducis, ob eam rem tibi ea recommercioq́ue interdico.

Nec obſtat, quòd notorium & manifeſtum in jure æquiparantur judicato. *l.emtorem.ff.de act.emp.* quia multa ſimilia facta ſunt de quibus jus diſponit, quæ ipſo jure fieri & committi dicuntur, quæ tamen facti cognitionem, & judicis declarationem rèquirunt. *VVeſ. ad §. furioſi. Inſt. de curat.* Sic jure cautum eſt, quòd licet confeſſi habeantur pro judicatis, tamen in criminalibus cauſis id non aliter obtinet, quàm ſi per ſententiam ſint condemnati. *l.ſi confeſſus.ff.de cuſt. & exhib.re.* Sic vaſallus etſi cadat à feudo propter feloniam ipſo jure, non tamen aliter privatur feudi poſſeſſione, niſi præcedat ſententia judicis declaratoria. *Zaz.in epit.feud.par.10.nu.72. & 73.* Sic etiam notoria prodigalitas non efficit, vt cui bonorum ſuorum adminiſtratione ſine ſententia iudicis interdicatur. *tex.eſt in c. veritas. ex. de dol. & contu.*

Vno tamen caſu prodigo ipſo iure interdicta eſt rei ſuæ adminiſtratio, videlicet ſi quis emat ab homine luxurioſo, quem ſciat ſcorto ilico pecuniam daturum, aut aliàs turpiter conſumturum: ea enim emtio non ſubſiſtit. *l.ſi quis.ff. Pro emp.*

Secundò non obſtat, quòd prodigus ipſo iure deſinat eſſe in cura, vbi ſanos mores recepit, & apertè frugalis eſſe cœpit. *l.1.ff.de cur.fur.* quia facilius ad ea quæ ſunt iuris communis & libertatis reditur, quàm abitur, & res facilè redit ad ſui naturam.

Tertiò obiicitur, quòd furioſus & prodigus comparantur. *l.furioſi 40. ff. de R.I.l.1.ff.de cur.fur.l. his qui.§ Diuus.ff.de tut. & cur. dat. ab his.* Sed furioſus ipſo iure amittit adminiſtrationem bonorum, nec vllum negotium contrahere poteſt. *l. in negotijs 5.ff. de R.I.* Ergo ſimiliter & prodigus. Reſp. Quoad quid, ſeu certo reſpectu comparantur furioſus & prodigus, quòd vterque ſit in curatione, & bona eorum adminiſtrationi curatorum committantur. Verùm in hoc differunt, quòd furor ſit vitium, quod magis extrinſecus appareat, & ex actibus externis facilè poſſit dignoſci. *l.4.ff. de ad.edi.* At prodigalitas vitium eſt magis in animo latens: vnde vt certò de eo conſtet, iudicis declaratione opus eſt. Sæpè enim qui vni prodigus cenſetur,

ſetur, alteri ſplendidus & liberalis habetur. Diſſentit ab hac ſententia *Fachin. lib. 2. contr. Iur. c. 63.* vbi adſtruit prodigum etiam antequam bonis à magiſtratu ei interdicatur, contrahere & ſe obligare poſſe *Et ante eum Donellus idem latè defendit ad l. 6. ff. de V. O.* Illud tanquam ſingulare benè notandum Imp. Leonis noviſſima conſtitutione cautum, vt prodigis liceat teſtamentum facere, ſi modò vtiliter de rebus ſuis diſponant. Quare ſi ſanè & prudenter fuerint teſtati, ſervari debet extremum eorum iudicium. Quod certè æquitatem in ſe habet naturalem. *Vigl. ad §. Item prodigus. Inſt. Quib. non eſt perm. fa. teſta.*

Contra poſteriorem partem theſis obiicitur *l. Marcellus. ff. de fideiuſ.* Vbi dicitur, ei, qui pro pupillo ſine tutoris auctoritate promittente, item prodigo & furioſo fideiuſſit, non ſubueniri. Vnde cùm fideiuſſor efficaciter obligetur, videtur & prodigus naturaliter obligari, quia niſi præcedat naturalis ſaltem obligatio, fideiuſſor interuenire non poteſt. *l. fideiuſſor. 16. §. 2. ff. de fideiuſ.* Cui è diametro repugnat *l. is cui. 6. ff. de V. O.* Vbi Vlp. reſpondet, quod prodigus cui bonis interdictum eſt, obligari non poteſt, & ideò nec fideiuſſor pro eo intervenire poteſt, ſicuti nec pro furioſo. Reſp. Diſtinguendum arbitror inter eum qui pro pupillo, & eum qui pro prodigo vel furioſo fideiuſſit. Fideiuſſor pro pupillo interveniens obligatur, quia pupillus naturaliter tantùm obligatur, nec fideiuſſori ſubuenitur propter perſonam pupilli. *l. ſi pupillus. 127. de V. O. l. ſi pupillus ff. de arbit.* Neque dabitur fideiuſſori contra pupillum mandati vel negociorũ geſtorum actio; nam actio negotiorum geſtorum non competit, niſi vtiliter geſtum ſit negotium, hoc eſt, niſi pupillus factus ſit locupletior, tunc enim efficaciter tenetur. *l. 5. ff. de auct. tut.* Pro prodigo verò & furioſo fideiubens non obligatur, quia furioſus & prodigus nec natura obligantur, & ideò nec fideiuſſori ſubvenitur per reſtitutionem, cùm ipſo iure ſit munitus. Si tamen furioſus & prodigus potuerunt iure obligari, vt puta cùm ex delicto vel quaſi contractu obligatio procedit, tunc nec eis ſubuenitur, nec fideiuſſori. *l. ſi à reo. 70. § ſi à furioſo. ff. de fideiuſ. l. furioſus 43. ff. de obl. & act. Baro. ad l. quod dictum 32. de pact.* Vide de conciliatione harum duarum legum pugnantium, ſcilicet *l. is cui 6. ff. de V. O. cum L. Marcellus ff. de fideiuſ. Anton. Fabr. lib. 8. coniect. iur. c. 5. & 6.* vbi elegantiſſimè ſcribit. Prædictam conciliationem Baronis à me traditam probant & ſequuntur. *Ioan. Robert. lib. 2. recept. lectio. cap. vlt. Cuiac. ad l. is cui. ff. de V. O. & ad l. ſi hominem. in fi. ff. de Vſucap. Gothofred. in d. l. Marcellus. VVeſenb. ad tit. de fideiuſ. §. in omnibus in fine. & noviſsimè Nicolaus Genoa in conciliationibus legum contrariarum in diſſolutione antinomiæ inter l. is cui. ff. de verb. obl. & l. Marcellus. ff. de fideiuſ. Vide & de conciliatione harum legum Forner. lib. 3. ſelect. cap. 25.*

ASSERTIO XXXV.

Ex pactis adiectis contractibus bonæ fidei non competit actio præscriptis verbis, sed actio ex principali contractu.

PROBATVR hæc sententia primò hac vulgari regula, quòd tunc demum actione præscriptis verbis agendum est, cùm certa & nominata deficit actio. *l.2.ff.de præs.ver.* Accedit & hæc ratio quòd pacta adiecta sunt pars ejus contractus, cui adijciuntur, ergo & actio eadem competit, quæ ex principali contractu datur. Sic pacta emtioni adiecta pariunt actionem ex emto vel vendito, & sic in cæteris. *l.fundi 79.ff.de con.emp.l.tenetur 6.§.1.ff.de act.emp.*

Obijcitur *l.2.C.de pact.int.emp.* Vbi ex pacto venditioni fundi adiecto, vt venditori pretium quandoque offerenti, fundus restituatur, datur actio præscriptis verbis. Resp. Illud pactum magis distrahendæ, & resoluendæ, quàm contrahendæ venditionis gratia adjectum est, ideoque actio præscriptis verbis competit. Cùm enim pacta soleant adijci, vt per ea firmentur & roborentur contractus, si ad dissolutionem eorum tendant, agetur præscriptis verbis. *Alciat.lib.5.Parad.c.1.* Potest etiam dici, quòd actione ex vendito hoc quoque casu agi possit, si quis velit, & adijcitur *in d.l.2.* competere etiam actionem præscriptis verbis, quòd hoc sit tutius contra adversarii dissensiones.

Secundò obiicitur *l.Labeo 50.ff.de cont.emp.* & *l.si conuenit.9.ff.de resc.vend.* in quibus datur ex pacto venditioni adiecto, præscriptis verbis actio. Resp. Fuit hæc res controuersa inter Proculianos & Sabinianos. Proculiani dabant actionem præscriptis verbis, *l.si vir vxori 12.ff.de præs.ver.* Sabiniani actionem ex contractu, cui pactum adiectum erat, decernebant. *d.l.si convenit.* Postea hoc dissidium Impp. composuerunt, data non actione præscriptis verbis, sed illa quæ ex principali contractu descendit, cui pactum adiectum est. *l.si fundus.in verb.* sed iam decisa est quæstio, ex vendito actionem competere, vt rescriptis Antonini & Divi Severi declaratur. *ff.de L.commis.4.l.Imperator.16.ff.de in di.addic.Borch.c.vlt.de pact.num.55. Cuiac.ad l.7.ff.de pact.* Dissentit Baro ab hac sententia ad princ.*tit.Inst.loca.* vbi tradit ex pacto incontinenti adiecto contractui, produci actionem, tam ex ipso contractu, quam actionem præscriptis verbis, easque actiones simul concurrere. Probat & defendit sententiam meam *Petrus Grangianus in paradox.iur.civil.cap.39.* vbi tradit, quod ex pacto incontinenti adiecto contractui sola actio ex contractu nascitur.

ASSER-

ASSERTIO XXXVI.

Pactum contractibus adiectum de non alienanda, non impedit translationem dominij, sed ad interesse agere poterit paciscens, si sua inter sit non alienari.

RATIO assertionis est, quia pactum ne liceat domino rem suam alienare, repugnat naturæ & legibus dominii: quippe hoc dominii proprium est, vt dominus possit statuere de rebus suis vt velit. *l. in re mandata. C. Manda.* Itaque pactum quo conuenit, ne dominus res suas alienet, perinde est atque si conuenerit, vt qui dominus est, dominus non sit.

Quatuor loci iuris huic sententiæ adversantur. Primò obiicitur *l. ea quidem. C. Si manc. ita fuer. alien.* vbi dicitur, si servus ita venditus fuerit, ne manumittatur, quòd manumissio secuta non tenet. Resp. *Cuiac. illā l.* loqui de seruo vendito, ea lege ne manumittatur, quæ impedit libertatem, non de seruo prohibito alienari. Lex ne manumittatur, personæ serui cohæret, lex ne alienetur, non item.

Secundò obijcitur *l. vlt. C. de reb. al. non alien.* vbi traditur, valere pactum, quo conuenit, ne domino rem suam alienare liceat. Resp. Tale pactum quidem valet, sed eatenus, vt alienans contra prohibitionem teneatur ad interesse, verùm alienatio nihilominus rata & efficax est. Itaque agetur ex hac stipulatione seu pacto ad id quod interest, sicut in aliis obligationibus faciendi obseruatur. *l. si sterilis 22. §. si tibi. ff. de act. emp.* Nam talis prohibitio de non alienando non impedit traslationem dominii. *l. ea lege. C. de cond. ob cau. Pulchrè Donel. ad l. si ita quis* 135. *§. ea lege ff. de verb. oblig.* Deinde in ea lege non dicitur, quòd dominum non possit in accipientem transferri, sed tantùm notatur, quæ contineantur verbo alienationis, cùm prohibita est alienatio, plus verò ea lege non definitur.

Tertiò obiicitur *l. si creditor §. vlt. ff. de dist. pig.* quæ dicit, si creditor paciscatur cum debitore, ne vendat pignus, venditionem contra tale pactum initam, nullam esse. Resp. Qui ius habet in re, vt creditor in pignore, ita pacisci potest: atqui extraneus qui nihil iuris habet in re, non potest ita pacisci, ad hoc vt res non alienetur ab accipiente, & ideò accipiens alienando nihilominus transfert dominium, salua paciscenti actione ad interesse. *Duare. ad d. l. si ita quis* 135. *§. ea lege ff. de verb. obl.*

Quartò obstat *l. pen. ff. de pact.* Vbi reprobatur hoc pactum ne dominus rem suam alienet. ergo ex eo non datur actio. Resp Pactum hoc ita demum

mum valet, si adiiciatur contractui. *l. vlt. C. de pact. int. emp.* Sed si tale pactum nudum sit, & seorsim à contractu interponatur, non valet, vt agatur ad interesse, quia ex nudo pacto non datur actio. Præterea cùm tali pacto nihil remittatur debitori, neque ad excipiendum prodesse potest.

ASSERTIO XXXVII.

Pacto vni tantùm ex heredibus cavere possumus, ut cæteris non prosit.

SI debitor paciscatur cum creditore suo, ne petat ab vno ex heredibus suis, hoc pactum velet, vt illi tantùm prosit, cui defunctus pactus est, cæteris autem heredibus non prodest. *l. avus 33. ff. de pact. l. avus 10. ff. de pact. dot.* vbi pactum ab avo initum, ne dos quam promisit pro nepte, petatur à filio, prodest filio heredi, coheredi verò eius non prodest. Ratio est, quia pacto vni tantùm ex heredibus nostris consulere possumus. quo casu coheredibus non est danda pacti exceptio.

Objicitur *l. continuus 137. §. ult. ff. de V.O.* vbi dicitur non posse defunctum stipulari, vt vni ex heredibus aliquid detur, sed necessariò omnibus heredibus acquiri pro partibus hereditarijs. Resp. Mero quidem & summo iure illud quod vni ex heredibus quis dari stipulatur, omnibus acquiritur: quia obligatio, quæ à defuncto incepit, *ex ll. 12. tab.* inter heredes dividitur pro hereditarijs portionibus: sed tamen his qui contra defuncti voluntatem petunt, obstabit doli exceptio, *per l. 1. C. de excep.* vbi *Accur. notat. quòd d. § . ult.* loquatur de rigore juris, *sed d. l. 1.* procedat ex æquitate.

Secundò objicitur *l. eum qui 56. §. 1. de V.O.* vbi dicitur, si quis se & heredem suum Titium daturum spoponderit, quòd nihilominus cæteri coheredes tenentur pro portionibus hereditarijs. Resp. Ideò ibi Titius non tenetur, nisi quatenus est heres, quia vltra portionem hereditariam heres habetur pro extraneo. *l. cùm à matre. C. de rei vend. l. pen. C. de her. act.* Atqui inutilis est stipulatio, qua heres vltra portionem hereditariam ad dandum adstringitur, quia inutilis est stipulatio, qua quis extraneum aliquid daturum promiserit. *§. si quis alium. Inst. de inut. stip.* Porrò cùm inutilis est stipulatio, pactum tacitum quod ex ea colligitur, vt scilicet ab alijs heredibus nihil petatur, valere non potest, propter regulam iuris, quæ ait ex stipulatione inutili non colligi vtile pactum. *l. 1 §. eum qui. ff. de const. pec. l. 1. §. si quis ita. de V.O.* Si autem expresè & nominatim actum esset, vt à cæteris coheredibus non petatur, pacti exceptio eis proderit, quia pacti exceptio vni heredum acquiri potest. *d. l. avus. Duaren. ad d. l. 56. §. 1.*

ASSER-

ASSERTIO XXXVIII.

Redditio chirographi facta à creditore debitori, inducit remissionem debiti: pignoris verò restitutio non item.

SI creditor debitori suo chirographum reddidit, tacitè convenisse videtur, nè peteret, debitumque remissum censetur. Diversum obtinet in pignore, per cuius redditionem non intelligitur facta liberatio debiti, sed tantùm pignoris obligatio soluta censetur. *l.2. & 3. ff. de pact. l. creditricem. C. de remiss. pig.* Rationem diversitatis, quam reddit *gl. in d.l.3.* communiter sequuntur DD. quia redditio instrumenti seu chirographi aliam debitori vtilitatem, quàm liberationem debiti adferre non potest. Ne ergo nihil actum videatur, redditio chirographi inducit liberationem debiti, quia verba & actus hominum semper ita interpretanda sunt, vt aliquid operentur. *l. si quando 109. de leg.1.* Redditio verò pignoris aliud adfert commodum præter liberationem debiti, quia facilius mutuum sub pignore accipitur, item pignus vendi potest: itaque debitum principale reddito pignore nihilominus peti potest.

Objicitur prædictis *l. si chirographum. ff. de prob.* vbi dicitur, si chirographum reperiatur cancellatum penes debitorem, nihilominus creditor potest petere debitum, si probet sibi adhuc deberi. Resp. Aut debitor qui habet instrumentum cancellatnm, allegat se pacto liberatum, & tunc debet probare redditum sibi instrumentum *d.l.2.* quæ requirit, quòd creditor tradiderit debitori instrumentum. Ratio est, quia qui dicit se pacto liberatum, allegat donationem; donatio autem non præsumitur, nisi probetur. *l. cùm de indebito. ff. de prob.* Ergo probare debet debitor cautionem sibi redditam. Aut debitor allegat se liberatum solutione, & probationis causa chirographum cancellatum profert, & tunc præsumtione iuris liberatus censetur, nisi adhuc creditor sibi deberi manifestè ostendat. *Cast. ad d.l.2. & 3.* Probare autem poterit creditor debitum, si probaverit deletionem chirographi se inuito factam. *l.1. §. legi. & §. sed consultò. ff. De his quæ in test. del.* Item cùm debitor, apud quem cancellatum reperitur instrumentum, est domestica persona, puta vxor, liberi, vel famulus, quæ facilè subtrahere potuerit instrumentum, tunc non censetur liberatus. *l. vnic. §. ille autem. C. de lat. lib. toll.* quia aliàs daretur materia furandi & insidiandi. *Præs. Ever. cons.170.* Item si creditor probet domum suam fuisse hostiliter direptam, & multa instrumenta esse ablata, tali casu præsumtio est contra debitorem, quod invito creditore sit facta chirographi ablatio vel redditio,

ad. l. 2. l. de remiss. pig.

tio. Ita notant DD. *in l.2. ff. de pact. Gail. lib.2. Obser. c.37.* Consultius itaque faciet debitor, si non modò sibi à creditore chirographum reddi curaverit, sed etiam præterea recipiat apocham solutæ pecuniæ. Certior enim modus probandi debiti inducitur per apocham, quàm per restitutionem instrumenti. *l. pecuniæ. & l. seq. C. de solut. Costal. ad d. l.2. ff. de pact.*

ASSERTIO XXXIX.

Nuda pacta non pariunt actionem, sed exceptionem tantùm.

REGULA hæc traditur in *l.7. §. sed cùm nulla ff. de pact. l. in bonæ fidei 13. C. eo.* Ratio est, quia leviter homines & sine causa facilè promittunt. Noluerunt itaque legislatores, vt temere & ex incogitantia prolatis verbis promiscuè quis obligaretur: sæpè enim plura captandæ benevolentiæ causa homines promittunt, quàm vt seriò præstare velint. *VVesem. de pact. num.9.* Addi potest & hæc ratio, quod leges execrantur multitudinem Litium. Replerentur enim omnia fora litibus, si ita ius esset, vt ex quolibet nudo pacto daretur actio. *Anto. Faber. ad l.7. § ait prætor. ff. de pact. in rational.*

Huic sententiæ repugnat *l. frumenti C. de vsur.* vbi frumenti mutuò dati vsuræ debentur ex nudo pacto: *item l. etiam. ff. eo.* vbi ex nudo pacto debentur vsuræ creditarum civitati pecuniarum. Resp. Hîc revera pacta nuda non sunt, quia numerationi pecuniæ & traditioni sunt adiecta; sed ideò dicuntur nuda, quia stipulatio non est addita. Cùm enim vsuræ non debeantur in stricti iuris contractibus nisi in stipulatum sint deductæ, *l.3. C. de vsur.* nudum pactum accipiendũ est in tractatu vsurarum, cuius confirmandi causa stipulatio non est secuta. *Donel. ad l.10. C. de pact.*

Secundò movetur tale argumentum: Prætor pollicetut se pacta servaturum: sed si quid pacto promissum est, servari non potest, nisi actio eo nomine detur; ergo ex pacto competit actio. Idem probatur in *l. inter. 44. §.1. ff. Fam. ercis.* vbi dicitur, quòd Prætor servat adiudicationes in iudicio familiæ erciscundæ, actiones vel exceptiones dando. Idem traditur *in l. statu.s 41. in fi. ff. de acq. rer. dom. Bart.* dicit se in hoc loco hærere, & quòd nesciat soluere, nisi divinando. Resp. Dum in hoc edicto Prætor pollicetur se pacta servaturum, ex vsu & consuetudine Prætorum subintelligi debet conditio, quatenus id per leges licet. *arg. l.1. in fi. ff. Ex qu. ca. maior.* Itaque cùm ius civile non concedit ex pacto actionem, nec Prætor admittit. Quoties enim lex non concedit actionem, tunc neque Prætor dat, nisi specialiter &

liter & apertè dicat se actionem dare. *l. cùm sponsus §. si res. ff. de Publ. act.* vbi dicitur Prætorem non dare Publicianam actionem, quando res non potest alienari, non quia non potest, sed ne quid contra leges faciat. Ergo neque iure civili, neque prætorio datur ex pacto actio. *Donel. d. loco.*

Tertiò obst. *l. 3. C. de cont. stip.* vbi fundo promisso nudo pacto, talis stipulatio fuit subiecta, si fundum non dederis, x. dabis? & rescribitur post motam litem extitisse conditionem stipulationis. Notanda sunt verba, post motam litem, quibus verbis significatur ex pacto fuisse actum. Resp. Ex pacto non datur actio in invitum, in volentem esse potest. Et si quis pacto nudo quid promiserit, & postea fuerit subiecta stipulatio pœnalis conditionalis, promissor ex pacto actionem excipere debet, & volens pati, vt ex pacto secum agatur, aliàs committitur stipulatio pœnalis. Hæc est sententia veteris interpretis Iohannis, vt notat *Cuiacius in l ita stipulatus. de V. O. & lib. 19. Obs. c. 32.*

Quartò objicitur *l. si quis argentum 35. §. ult. C. de donat.* vbi dicitur, quod ex nudo pacto donationis efficax oritur actio, quam DD. statuunt esse & dici condictionem ex lege. Resp. Hoc pactum donationis est à lege civili, constitutione scilicet Imp. Iustiniani confirmatum. Ideoque non ex simplici & nudo pacto ibi nascitur actio, sed ex pacto donationis à lege confirmato.

Quintò obstat *l. ad exactionem 6. C. de dot. promis. & l. fin. C. Ad SC. Vell.* vbi ex nudo pacto & pollicitatione dotis actio datur. Resp. Ibi non est nudum pactum, sed contractus dotis. *l. contractus 22. ff. de R. I.*

Sextò obstat *l. 10. ff. de obl. & act. & l. fideiussor 16. §. 2. ff. de fideius.* vbi dicitur, etiam ex naturali obligatione, qualis est quæ nudo pacto contrahitur, actionem produci. Resp. Quod singulari quodam iure ex naturali obligatione actio nascitur, puta quando pupillus sine tutoris auctoritate contraxit & locupletior factus est, ex ea enim obligatione efficax nascitur actio. *l. 5. in fi. princip. ff. de auct. tuto.*

Novissimè sciendum, quòd hodie ex pactis seriò & deliberatò initis Iure Canonico efficax datur actio, quia inter simplicem loquelam & iuratam Deus nullam differentiam agnoscit. *c. 1. ex. de pact. c. iuramenti 22. qu. 5.* vbi dicitur, inter simplicem loquelam, & iuramentum nihil interesse. *Tex. in d. c. 1. ita habet,* pax sit, & pacta custodiantur, & suam obtineant firmitatem. Idem dicitur in *c. qualiter. eo. tit.* Studiosè agendum est, vt quæ verbo promittantur, opere compleantur. Quod & iure divino confirmatur vti *Psal. 88.* Quæ procedunt de labijs meis, non faciam irrita. item *Deuteron. cap. 23.* Quod semel egressum est de labijs tuis, observabis. Eaque sententia in foro civili servanda est. *VVes. d. loco.* Quod & iure civili defendi po-

test, eo in casu, si adversarius damno afficiatur, eo quòd pacta non seruentur. *Alciat. lib. 5. Parad. c. 3.* Probatur ex *l. & eleganter. §. servus. & l. si cùm mihi 34. ff. de dolo.* Vbi, ex nudo pacto datur actio de dolo, si adversarius damnum patiatur ob non servatum pactum. *Baro. ad d. l. 34. Costal. ad l. 7. ff. de pact.* Vocatur autem hæc actio quæ datur ex nudo pacto, condictio ex canone. *arg. l. 1. ff. de cond. ex L. Adaman. in divis. act. quæst. 17.* Dissentiunt *Conna. lib. 5. Com. c. 3. nu. 6. Facat. de occult. Iurispr. dial. 69. Bocerus ad l. contractus. de R. I. Duar. ad tit. de pact.* qui tradunt quod ad observantiam pactorum competat tantum Iure Cano. iudicis officium, quod est extraordinarium remedium. *c. 1. & equaliter. ex. de pact.* Vel pœna excommunicationis mulctantur violentes pacta: quod item est remedium extraordinarium, & locum non habet, nisi deficiente ordinario. *c. novit. ex. de iudic.* Adstipulatur *Fachin. lib. 2. contro. c. 100.* Postremò sciendum, quod *Anto. Fab. ad. l. 7. §. ait Prætor. ff. de pact.* novam opinioné tenet, videlicet quod nulla actio detur iure Cano. ex nude pacto. Quod enim traditur *in c. 1. ex. de pact.* quod pacta debent custodiri, & suam obtinere firmitatem, hoc eodem modo intelligit, quo Prætor iure civili ait pacta esse servanda, scilicet datis exceptionibus tantum, non verò actionibus. *d. l. 7. §. sed cum nulla. ff. de pact.*

ASSERTIO XL.

Ambiguum vel obscurum pactum contra venditorem, stipulatorem & locatorem interpretandum est.

Not.

PACTVM ambiguum, quod duobus vel pluribus modis potest intelligi, vel obscurum, quod nullo modo potest intelligi, contra venditorem vel locatorem interpretandum est. *l. veteribus 39. ff. de pact. l. Labeo 21. ff. de con. emp.* vt puta si dixerit venditor: Stillicidia vti nnnc sunt, vt ita sint; debebit venditor quasi ambiguè loquens prædium liberum à stillicidij recipiendi servitute præstare. *l. si arborem 17. §. 1. ff. de ser. vrb. præd.* Ratio decidendi est, quia interpretatio contra eum facienda est, in cuius potestate fuit legem apertius dicere contractui. *l. cùm quæritur. ff. de reb. dub. l. in contrahenda 172. de R. I.* Atqui in venditoris potestate est legem qualemcunque venditioni rei suæ dicere. *l. ult. C. de pact. int. emp. l. legem. C. de don.* Sic in stipulationibus ambiguitas quoque contra stipulatorem interpretanda est, quia cùm stipulatio ab interrogatione incipiat, illi imputandum est, cur non apertius sit stipulatus *l. 38. §. in stipulationibus. ff. de V. O.* Concordat *c. contra. de R. I. in 6. quod ita habet.* Contra eum, qui Legem dicere potuit apertius, est interpretatio facienda.

Objicitur

Objicitur *l. si mihi* 110. *§. ult. ff. de V. O.* vbi dicitur, non quid promiſſor ſenſerit, ſpectari debere, ſed ſtipulantis mentem ſpectandam eſſe. Reſp. Ideò in ſpecie ibi propoſita ſtipulatoris mens ſpectatur, quia cum veritate omnino congruit, & loquendi vſu, à quo mens promiſſoris prorſus eſt aliena. *Fab. ad l. quoties* 97. *de R. I.*

Secundò objicitur *l. ſi in emtione* 34. *ff. de con. emp.* Vbi dicitur, quòd pactum ambiguum contra emtorem interpretandum eſt. Nam cùm conveniſſet ibi emtioni fundi Stichum acceſſurum, neque intelligeretur quis Stichus ex pluribus acceſſerit, cùm de alio venditor, de alio emtor ſenſerit, is Stichus debetur, quem venditor intellexit. Reſp. Ibi ſtatuendum eſt, emtorem conveniſſe de Stichi acceſſione, ideòque contra eum qui legem apertius potuit dicere contractui, facienda eſt interpretatio. *c. contra eum. & ibi Peck. de R. I. in 6.*

Tertiò objicitur *l. ſi quis intentione* 66. *ff. de iudic.* vbi dicitur, ſi quis ambigua intentione vel oratione vſus ſit, id quod vtilius ei ſit, accipiendum. Reſp. Aliud eſt loqui de eo, quod vnus tantum contrahentium vel Litigantium dixerit, ſive in iudicio, ſive extra iudicium. Aliud verò de eo, quod à pluribus paciſcentibus vel contrahentibus conventum eſt. Priori enim cauſa nemini fit iniuria, cum verba ex proferentis voluntate accipiuntur. Poſteriori autem caſu fieret iniuria ei, cum quo pactum eſt commune. *Anto. Faber in rational. ad l. Veteribus* 39. *ff. de pact. Hotom. in diſputat. de pact. in fin. Forner. lib. 2. ſelection. cap. 18.*

ASSERTIO XLI.

Quilibet poteſt pacto Iuri & favori pro ſe introducto renuntiare.

REGVLA eſt iuris antiqui, quòd vnicuique licet iuri & privilegio ſuo renuntiare, quæ tradita extat in *l. pactum* 46. *ff. de pact. l. ſi iudex* 41. *ff. de minor. l. pen. C. de pact.*

Sed multa adverſantur huic regulæ. Primò obſtat, quòd mulier paciſci non poteſt, vt longiori die quàm qui à legibus præfinitus eſt, dos ſibi reddatur. *l. de die. l. Attilicinus. ff. de pact. dotal.* Sed dos mulieris eſt, & in vtilitatem eius datur, vnde videbatur poſſe eam pacto favori ſuo renuntiare. Reſp. Dos ita eſt mulieris, vt eam reddi Reipub. quoque interſit, in eoque publica vtilitas quodammodò verſatur. *l. 1. ff. Sol. mat.* Atqui ius publicum privatorum pactis immutare non licet.

Secundò objicitur *l. alia* 14. *§. 1. ff. Sol. mat.* vbi traditur, quòd marito,

qui habet beneficium, ne in reddenda dote in plus teneatur, quàm facere possit, non liceat pacisci, in dote accipienda, vt solidum ab eo exigatur. Resp. Hoc ideò cautum est jure, quia hujusmodi pactum est contra bonos mores. Est enim hoc contra reuerentiam marito debitam, vt maritus teneatur in plus quàm facere potest. Pacta autem quæ fiunt contra bonos mores, ipso iure nullius sunt momenti. *l.6.C.de pact.*

Tertiò refragatur regulæ, quòd actio communi diuidundo instituta est in fauorem eorum, qui rem communem habent, & volunt à communione recedere. Atqui non licet sociis pacisci, ne in perpetuum à communione recedatur, *l. in hoc iudicium. 14. §. si conueniat. ff. Com. diu.* Ergo non licet vnicuique iuris sui persecutionem pacto remittere. Resp. Duplici causa illud pactum, ne omnino diuisio fiat, improbatur. Primò, quia pactum non est validum, in quo paciscentis nihil interest. *l. pen. ff. de pact.* nihil autem interest paciscentis pactum illud seruari, quia interest potius eius à communione recedi: cùm ea quæ communiter possidentur, plerunque negligantur. *l. 2. C. Quan. & quib. pars lib.* 10. Secundò hoc pactum, vt in communione semper maneant socii, est contra bonos mores, quia communio plerunque solet excitare discordias. *l. cùm pater §. dulcissimis. de leg. 2.*

Quartò cum hac assertione pugnat *l. cùm precariò 12. ff. de precar.* vbi dicitur, si conuenerit, vt qui accepit precariò, in Calend. Junias precariò possideat, huiusmodi conuentionem nullas habere vires, & tamen interdictum de precario, in gratiam eius, qui dedit precariò inductum est. Resp. Hoc pactum, vt ad certum tempus precariò rem accipiens retineat, neque liceat ante illud tempus precariò danti reuocare, ideo non valet, quia repugnat substantiæ precarii, cuius hæc est natura, vt petenti precariò concedatur tamdiu vtendum, quàm diu is qui concessit, patitur, repetiturus cùm libuerit. *l. 1. ff. de precar.* Sed quæ de substantia alicuius actus vel contractus sunt, ea pacto tolli vel immutari, non possunt. *l. nec ex prætorio. 27. de R. I.*

Postremò grauiter obstat *l. si conuenerit 18. ff. de iurisd.* vbi dicitur, neminem cogendum esse huic conuentioni stare, si conuenerit, vt alius Prætor, quàm cuius iurisdictio est, ius diceret. In qua tamen conuentione is qui pactus est, priuilegio & præscriptioni fori sui apertè renuntiat. Resp. Pacto nudo effici non potest, vt quis conueniatur apud alium iudicem, quàm cuius iurisdictioni subiectus est: quia ex nudo pacto non datur actio: atqui istius pacti nulla esset vtilitas, nisi quis ex eo posset compelli actione aliqua, ut coram non suo judice litigaret. Eaque est sententia *d. l. si convenerit.* Verùm si hoc pactum in contractu aliquo adiectum fuerit, vt quis coram non suo iudice litigare teneatur, huic pacto standum est, quia

quia pacta adiecta contractibus obligationem & actionem pariunt. *l. in bonæ fidei. C. de pact.* Ita accipienda *est l. penul. C. de pact.* vt rectè eam interpretantur *Govean. & Cuiac. ad d. l. si convenerit. Fachin. lib. 1. controver. cap. 61.*

ASSERTIO XLII.

Ius publicum privatorum pactis mutari non potest.

IN iure ciuili pro regula statuitur, quòd ius publicum priuatorum conuentionibus tolli aut mutari non possit. *l. ius publicum 38. ff. de pact. l. neque pignus 45. §. vlt. ff. de R. I.* Jus publicum dicitur, quod continet principaliter vtilitatem publicam, quod & alibi dicitur ius commune vel solenne. *l. 7. §. & generaliter ff. de pact. l. nec ex prætorio. 27. de R I.* Exempla sunt. Jure publico introductum est, vt liberi primo loco parentibus succedant ab intestato. Vnde pactum non valet, vt filia dote contenta excludatur ab hereditate paterna, *l. ult. ff. de su. & legit. 11.* Exemplum: Donatio inter virum & vxorem moribus prohibita est propter vtilitatem publicam, ne concordia maritalis, quæ virtute obsequio & industria paranda est, pretio conciliari videatur. *l. 3. ff. de don. int. vi. & vx.* Si igitur maritus donavit vxori, pacto adiecto, ne res donatas repetat, hoc pactum contra ius commune initum, est invalidum, quoniam hoc pacto ius publicum, quod donationes inter coniuges inhibet, infirmatur. *l. 5 ff. de pact. dotal.* Exemplum etiam accommodatum adfertur ex iure Canon. Sic enim & pactum non valet, quo sacerdos renuntiat præscriptioni fori ecclesiastici, vt subeat iurisdictionem secularem. *c. si diligenti. ex. de for. comp.* Idque adeò procedit, vt ne renuntiatio quidem fori fieri queat à clerico, etiamsi iuramentum accedat. Cuius sententiæ ratio redditur in *d. c. si diligenti,* quia non sit hoc beneficium personale, cui renuntiari valeat, sed toti ordini ecclesiastico publicè indultum, cui privatorum pactio derogare non potest.

Opponitur tale argumentum. Appellandi ius est publicum, sed partes inter se pacisci possunt, ne liceat sibi ad provocandi beneficium confugere. *l. ult. in fi. C. de temp. app.* Ergo privata conventio derogat iuri publico. Resp. Quod pro regula traditur iuri publico privatorum conventione derogari non posse, accipiendum est de eo iure publico, quod ad statum Reipub. principaliter pertinet. At verò ijs quæ publici iuris sunt, & tamen privatorum vsibus deserviunt, pactis derogari potest. *l. 2. §. hoc interdictum. ff. Ne qu. in lo. pub.*

Secundò repugnat regulæ hoc argumentum. Legibus solennibus

testamentorum & iure publico introductũ est, ne testator amplius quàm dodrantem bonorum legatis distribuere possit, ita vt quadrantem integrum heredi relinquat. *l.1. ff ad l. Fa.c.* Atqui licet testator efficere nequeat, vt Falcidia in suo testamento locum non habeat, *l. quod de bonis 15. §.1. ff. ad l. Falc.* tamen heres cum legatarijs pacisci potest, ne Falcidiam deducat. *l.qui quod 46. l. potest 71. ff. ad l.Falc.* Resp. Lex Falcidia non principaliter ob vtilitatem publicam, sed potius in heredis gratiam & favorem lata est, ne propter nullum aut minimum lucrum detrectet hereditatem adire: quilibet autem potest iuri & favori pro se introducto renuntiare. *l.pen. C. de pact.*

Tertiò opponitur *l.pacisci.31. ff. de pact.* Vbi dicitur pacisci contra edictum ædilium licere. Si enim venditor pactus est, ne teneatur ob vitium venditi animalis, actione redhibitoria, vel quantiminoris, quæ ædilium edicto sunt introductæ, *l.1. ff. de æd.ed.* standum est huic pactioni, & non dabitur emtori ad actiones, quas pacto remisit, regressus. *l.quæritur 14. §. si venditor, ff.de æd.ed.* Resp. Per hoc pactum non impeditur mens & intentio iuris prætorij. Nam ædiles curules voluerunt suo edicto definire, ne quis ex venditione morbosi animalis deciperetur. *l.1. §.causa.ff. de æd. edict.* Itaque cùm venditor paciscitur cum emtore, ne de vitio vel morbo animalis contra eum agatur, huic pacto standum est, quoniam emtor hoc casu non decipitur, dum sciens & prudens ius suum remittit. Scienti enim & volenti non fit iniuria neque dolus. Illud benè notandum, quod si venditor sciens aliquod vitium, vel morbum rei venditæ, illud consultò reticuerit, & convenerit, ne teneatur redhibitoria, non tamen omninò standum esse conventioni, sed dandam esse emtori adversus exceptionem pacti replicationem doli, ne alioqui eveniat, vt contra bonos mores dolo faveatur. *l. quæritur 14. §. si venditor. ff. de ædil. edic.*

ASSERTIO XLIII.

De crimine capitali, excepto adulterio, transigere & pacisci licet: at de crimine non capitali, excepto crimine falsi, transigere, turpe & illicitum est.

QVATVOR huius thesis membra sunt: primum est quòd de crimine capitali pacisci liceat; cuius ratio aperta est, quia, vt ait Cicero pro Milone, omnis honesta ratio est expediendæ salutis. quod disertè comprobat. *l.1.de bo.eo.qui sibi mor.* vbi dicitur, in capitalibus criminibus non nocere

nocere ei, qui aduersarium corrupit: ignoscendum enim est ei, qui sanguinem suum qualitercunque redemtum voluit. Eaque assertio tam respectu accusatoris quam rei vera est. Nam licet aliâs qui desistit paciscendo ab accusatione, incidat in pœnam *SC. Turpiliani. l. 1. §. si quis autem. & l. in SCtum. 15. in princ. ff. ad SC. Turp.* tamen qui transigit de crimine capitali, nulla afficitur pœna, ideò quia permissu legis vel principis desistit ab accusatione. Similiter respectu Rei hæc transactio quoque permissa est in criminibus capitalibus, quia reus qui transigit de crimine capitali, non habetur pro convicto. Nam magis declinandi gravissimi periculi causa, quam conscientia criminis transegisse videtur. *l. vlt. ff. de prævar.*

Secundum caput est, quod de adulterio (quod non lege Julia. *l. si quis viduam. ff. de quæst.* sed posterioribus constitutionibus Impp. *sed l. quamuis 30. C. Ad l. Iul. de adult.* factum est capitale) pacisci non liceat. Ratio est, quia quorum consilio factum est, vt vir fœmináve in adulterio deprehensi, aliqua pactione se redimant, in lenocinij crimen incidunt. *l. miles. 11. l. is cuius 14. ff. ad l. Iul. de adul. l. de crimine. C. eo.* cujus gravissimi facinoris author haberi noluit Imp. *Corras. lib. 2. Misc. c. 1.*

Tertium thema est: In criminibus non capitalibus seu quorum pœna mors non est transigere non licet. Huius sententiæ varia & multiplex est ratio. Cuiac. & Wesem. hanc reddunt, quod reus qui de crimine paciscitur, falsi crimen incurrat. Omnis à reo corruptela falsitas in crimine non capitali, reus qni corrumpit iudicem, falsi tenetur. *l. 1. l. qui duobus. ff. ad l. Corn. de fals.* Similiter qui corrumpit adversarium, reus est falsi: nam hæc iunguntur vt paria, corrumpere iudicẽ vel adversariũ. *l. 1. C. de pœn. iud. qui malè iud. l. Impp. ff. de iu. fis. Cuiac. lib. Obs. 6. c.* 11. Accusator vero qui vendit, ac nundinatur publicum iudicium, qui se corrumpi & vinci sinit, tanquam prævaricator punitur, & propter improbam ab accusatione cessationem infamia notatur, *l. 8. ff. de accus. l. in SCtum §. idem ff. ad SC. Turp. Donel.* adfert hanc rationem, quod transactio in criminibus non capitalibus vetita sit respectu accusatoris, quia incidit in pœnam SC. Turpiliani, qui transigendo desistit ab accusatione. *d. l. in SCtum. l. si quis §. 1. l. 1. §. prævaricatorem. ff. eo.* Accur. in reo adfert hanc rationem prohibitæ pactionis, quia in fiscalibus caussis, vel criminibus non mortalibus, qui transigit, vel qui delatorem corrumpit, pro confesso, & convicto habetur. *l. 4. l. 29. ff. de iu. fis. l. vlt. ff. de prævar.*

Quartum est membrum, quòd licet transigere de crimine falsi: quod apertè probat *l. 7. C. ad l. Corn. de fals.* Rationem perspicuè tradit *Cuiac. lib. Obs. 19. c. pen. & lib. 20. c. 18. & 19.* vbi dicit Græcos & Latinos interpretes omnes ita vno ore statuere.

Obiicitur

Obiicitur *l.7.§.si pacisc ar. & l.si vnus.§. item ne. & §.facta.ff.de pact.* vbi scriptum est, si de re familiari agatur, pacisci licere; si de re publica, non licere: itaque ne experiamur vnde vi, aut de incensis ædibus pacisci non licet. Atqui in accusatione publica agitur de causa publica, quia pertinet ad criminis vindictam, in quo vindicando publica vtilitas vertitur *l. locatio. §. qnod illicitè.ff. de publica. l.ita vulueratus ff.ad L.Aquil.* Resp. Qui transigit de crimine, seu qui conuenit, ne accuset, non de republica, sed priuata, & sua paciscitur, quia paciscitur se non accusaturum, quod priuatum eius factum est, non publicum. Neque pertinet hoc pactum ad publicam læsionem, nam obstat paciscenti tantùm, ne post ea ad accusandum iterum admittatur: causa autem publica, id est, accusatio & executio criminis, cuiuis ex populo integra relinquitur, potestque iudex nihilominus de eadem crimine inquirere, & super eo procedere, illudque punire, quamuis partes transegerint. *l.libellorum.in fi.ff. de accus.*

Secunda obiectio. Transactio de crimine adulterii permissa videtur ex *l.si maritus 15.§.si negauerit ff.ad l.Iul.de adul.* vbi dicitur, si maritus negauerit se adulterii accusaturum, postea non admittitur. Resp. Ibi nulla est transactio de crimine adulterii, quia nulla adhuc cœperat esse lis, sed vltro tantùm, & gratis renunciatum est accusationi adulterii *l. mariti. §. plectitur.ff.eo.* Vel respondend. Quòd aliud est iniuriam gratis remittere, aliud pacisci. de crimine Pactum fit, si & is qui stuprnm intulit, & is qui scit stuprum esse in vxorem commissum, consentiant. At gratis quis remittit iniuriam apud seipsum, si iniuriam quam passus est, ad animum non reuocauerit. Gratis ergo, quis iniuriarum quam accepit de adulterio remittere potest, at de adulterio non potest pacisci. *l. mariti. 29. §. plectitur .ff. ad l. Iul. de adult.*

Tertia oppositio. Transactio in ita de crimine capitali nullum habet effectum, quia reus potest ab alio iterum de eodem crimine accusari. *l. qui cætu.§.fin.ff.ad l.Iul.de vi pub.* vbi dicitur, si filia alicuius rapta sit, etiamsi pater iniuriam remiserit, tamen extraneus nihilominus reum de crimine raptus postulare potest. Item magistratus potest ex officio de crimine, de quo transactum est, inquirere, & illud punire. *Not. VVesem.in parat.de pact. num.6.* vbi dicit moribus hoc ita obtinere. In eandem sententiam respondit *Bart. in l.1. §.vsque ff. de iniurijs:* vbi dicit, si pax fiat de cæde vel vulnere, per hoc tollitur actio quæ competit vulneratio, sed non accusatio, quæ ad vindictam publicam intentatur. Resp. Transactio facta in crimine capitali duos habet effectus: primò quoad transigentem prodest, quia is repellitur ab accusatione, nam quantum in se est, prodidit causam publicam: ille itaque privatam iniuriam, seu damnum, quod accepit ex crimine,

mine, non poteſt iterum publico ſeu privato iudicio repetere, vel vindicare. *d.l. in S Ctum §. idem. ff. ad S C. Turpil.* Secundus effectus eſt, quòd qui de novo volunt reum de eodem crimine accuſare, cum quo tranſactum eſt, non poſſunt ſuper proceſſu ante inſtituto litem proſequi: ratione ergo illius inſtantiæ, ſeu proceſſus tranſactio præiudicat omnibus, quia impedit proceſſum iudicis, & obſtat quo minus probationes in priori iudicio productæ, iterum repetantur. *arg. l. fratris. C. de tranſac. Bart. in l. tranſigere, C. de tranſ. num. 8. Pulchrè Gomez. in var. reſol. cap. de homicid. num. 55.* Diſſentit planè à prædictis *Hotom. in illuſt. quæſt. qu. 21.* qui invertit lectionem receptam *in d.l. tranſigere,* & ſtatuit in capitalibus criminibus tranſigere vel paciſci non licere, è contra in criminibus non capitalibus tranſigere vel paciſci permiſſum eſſe. Quæ audacia leges Imperatorias emendandi omninò eſt repudienda, vtpote cui omnium Codicum auctoritas & fides repugnet. Præterea Doctores iuris non debent eſſe novarum legum conditores, ſed interpretes tantum, vti rectè Hotom. hoc nomine reprehendit. *Fachin. lib. 1. contro. Iur. c. 8.*

ASSERTIO XLIV.

Sicut de adulterio non licet tranſigere, ita nec de raptu.

QVOD de raptu non liceat tranſigere, probatur ex *l. vnic. §. ult. C. de rap. virg.* Vbi lex parentes deportari iubet, ſi dolorem ſuum remiſerint, & patientiam præbuerint ſuper raptu filiæ. Adde quòd crimen raptus coniunctam habet cauſam cum adulterio & ſtupro, de quibus paciſci non licet.

Objicitur *l. penul. C. In qu. cauſ. ſer. pro præm. liber. accip.* vbi proponitur de raptu fuiſſe tranſactum. Reſp. In *d.l. penul.* hoc ſolum nudè traditur, raptum diſſimulatione fuiſſe præteritum, aut pactione tranſmiſſum: ſed non deciditur in illa l. an tranſactio licita & valida fuerit: ſed ad alias leges recurrere debemus, maximè ad *d.l. vnic. C. de rap. virg.* ex qua conſtat tranſactionem illam non valere.

Secundò obſtat *l. qui cœtu. §. fin. ff. Ad l. Iul. de vi publ.* vbi dicitur, quòd pater raptus crimen remiſerit. Reſp. In iſta l. hoc ſolum quæritur, an patre iniuriam raptus remittente, extraneus nihilominus accuſare poſſit, & deciditur poſſe. Ex quo tamen non ſequitur id impunè patri licere. De ſtupro quoque nec tranſigere quis poteſt. Ratio eſt, quia pro comperto ſtupro pecuniam accipere non licet. *l. auxilium. in fin. ff. de minor.* ergo nec tranſigere, hoc eſt, non gratis paciſci licet.

ASSERTIO XLV.

Transactio inter alios inita, alijs non nocet.

GENERALIS regula est omnium pactorum & transactionum, quòd pactis & transactionibus ius proprium paciscentium læditur, ius aliorum non item. *l. item si vnus. §. ante omnia. ff. de pact. l. debitorum. C. eo.*

Sed pugnare in hoc articulo videntur *l. 3. in princ. ff. de trans. & l. controversia 14. ff. eo. In l. 3.* dicitur transactionem factam super testamento filij, inter matrem petentem hereditatem ex causa inofficiosi testamenti, & scriptum heredem, non præiudicare legatarijs, sed posse eos nihilominus convenire scriptum heredem. In d. l. controversia; statuitur inita transactione inter scriptum heredem & legitimum venientem ab intestato, vtrunque posse pro parte hereditatis in transactione expressa, vtilibus actionibus conveniri à creditoribus. Resp. Transactio inita inter scriptum heredem & legitimum non nocet legatarijs: illi nanque heredem testamento scriptum convenient, non legitimum. *In d. l.* controversia agitur de creditoribus, quibus dantur vtiles actiones tam contra scriptum, quàm legitimum heredem. Ratio differentiæ est, quia legata ex testamento debentur, & ideò legatarij scriptum heredem conveniunt, testamentum enim transactione super querela inofficiosi testamenti, non est ruptum. *l. si suspecta 29. §. quamvis. ff. de inoff. test.* At debita à defuncto contracta à quibuslibet heredibus debentur, ideoque creditores, quia incertum ipsis est, vtrum scriptus an legitimus sit heres, cum vtroque agere possunt.

Secundò adversatur *l. ult. ff. de trans.* vbi transactio inita inter venditorem hereditatis, & debitorem, nocet emtori hereditatis. Resp. Ibi debitor hereditarius qui transegit, ignoravit venditam esse hereditatem, ideoque ex æquo & bono exceptio transactionis debitori accommodatur, qua emtorem hereditatis petentem ab eo debitum, repellet. Quod si scivisset venditam esse hereditatem, & nihilominus cum venditore hereditatis transegisset, non daretur ei transactionis exceptio contra emtorem. Cæterum vt rectè notat *Acc. in d. l. vlt.* emtori actio ex empto contra venditorem hereditatis dabitur, qua id quod à debitore accepturus fuisset, consequetur.

ASSER-

ASSERTIO XLVI.

Transactio super re certa vel iudicata fieri non potest.

OMNIS transactio fit super re dubia, lite incerta & nondum finita. *l. 1. ff. de transf. l. in summa 65. §. 1. ff. de cond. ind.* Si verò decisa est lis, & per sententiam finita, iam quia causa amplius non est dubia, transactio est inutilis. Itaque super re iudicata transactio facta, nullius est momenti. *l. & post. ff. de transf.*

Objicitur, quòd super re iudicata pacisci possumus. *l. 7. §. si pacifcar. ff. de pact.* Resp. Pacta super re iudicata admittuntur, sed non transactiones: quia pacta fiunt super rebus certis, quas donandi causa quis remittere potest, transactiones verò super rebus dubijs & litigiosis conficiuntur.

Secundò objicitur *l. transacta 229. de V. S.* vbi dicitur, transacta finitáve intelligere debemus, non solùm illa, de quibus controversia fuit, sed etiam quæ sine controversia sunt possessa. Resp. Ibi verbum transacta, ad illa de quibus controversia fuit, referendum est. Verbum finita, ad illa quæ sine controversia sunt possessa, finita scilicet pacto, vel longi temporis præscriptione, quemadmodum colligitur ex *l. 1. §. ult. ff. ad S C. Tertull.*

Tertiò adversatur *l. si de certa. C. de transf.* vbi transactio de re certa fieri dicitur. Resp. Non ibi res certa dicitur, de qua nulla dubitatio est, sed certa res appellatur, vna aliqua species vel quantitas, quæ vel dubia fuit, vel litigiosa: de illa rectè transigitur.

Quartò obstat *l. si causa cognita. C. de transf.* vbi post rem iudicatam admitti videtur transactio, dummodò interposita Aquiliana stipulatione, & acceptilatione conficiatur. Resp. Verba istius stipulationis, quæ habent, *Si non Aquiliana stipulatione, & sequenti acceptilatione actionem peremisti*, rebus iudicatis præses effectum adhibebit, ita accipienda sunt, quasi dicat Imp. quia acceptilatione non peremisti actionem, ideò rebus iudicatis standum est, vt hic sit sensus legis, Quia non est sublata pristina actio, transactione per acceptilationem interposita, post rem iudicatam, ideò transactio irrita est, & res iudicata ad effectum perducenda: vt sic particula SI, pro QVIA accipiatur. *Ita multis contra Gl. probat Donel. in d. l. si causa.* Sic enim alibi conjunctio SI, pro quia in iure accipitur. Sic in *l. 1. §. pen. ff. de V. O.* legitur. Si tot sunt stipulationes, quot corpora, duæ quodammodò sunt stipulationes. Quod perinde intelligendum est, ac si dixisset ICtus, quia tot sunt stipulationes, quot corpora, duæ quodammodò sunt stipulationes.

ASSERTIO XLVII.

Transactio de alimentis facta, neque ad vestiarium, neque ad habitationem pertinet.

HÆc decisio expresse traditur ab Vlpiano in *l. cùm hi. §. qui transigit, ff. de trans.* Vbi statuitur, quòd transactio simpliciter, & generaliter de alimentis facta, non porrigitur, neque ad habitationem, neque ad vestes. Quod est singulare & menti tenendum.

Sed objicitur huic sententiæ, *l. legatis. & l. ult. ff. de ali. legat.* vbi dicitur, quòd alimentorum appellatione non solùm victus, sed etiam vestitus & habitatio contineatur. Resp. Hoc procedit favore alimentorum, vt scilicet cùm alimenta legantur, tunc largius ea præstentur, ac simul vestes & habitatio debeantur. Verùm cùm transigitur de alimentis, tunc quia agitur de finiendis & remittendis per alienationem alimentis, strictius ea accipiuntur, ita vt de cibarijs tantùm, & nō de vestibus & habitatione transactum intelligatur. Ideoque D. Marcus constituit, vt expresse & specialiter de habitatione & vestibus quoque transigatur, alioqui generali transactione alimentorum ista non veniunt. Ita notant *Accur. Baro, & Cuiac. in d. §. qui transigit.* Pro hac sententia decidit *Menoc. lib. 2. arbit. iud. cent. 2. qu. 70.* vbi tradit in odiosis seu alimentario præiudicialibus, appellatione alimentorum non venire nec habitationem, nec vestiarium. per *d. l. cum hi. §. qui transigit.* E contrariò autem in favorabilibus, & alimentario vtilibus, alimentorum appellatione habitationem & vestimenta contineri. *per d. l. Legatis. ff. de alim. & ciba. legat.*

ASSERTIO XLVIII.

Procuratores & Syndici transigere non possunt. Tutores verò & curatores sine consensu magistratus, transigendo res minorum alienare vetantur.

PRius membrum enunciationis expresse probatur in *l. 7. C. de trans.* vbi dicitur transactionem litis à procuratore interpositam, cui causæ actio, non decisio litis mandata est, domino nō præiudicare. Idem de syndico civitatis, & procuratore fisci statuendum. *l. nulli. ff. de trans.* Posterius membrum confirmatur ex eo, quòd transactio est species alienationis. *l. 4. C. de præd. & al. reb. minor.* At qui res immobiles minorum sine de-

creto

creto magistratus à tutoribus & curatoribus alienari non possunt. *d. tit. C.*

Sed obstat graviter *l. præses 12. C. de transf.* vbi dicitur, administratorem civitatis posse de dubia lite civitatis efficaciter transigere. Resp. Administratores civitatis non possunt de bonis civitatis transigere, quando nomine transactionis aliquid ab eis est dandum. arg. *l. 1. ff. de off. proc. Cæs.* Aliud verò dicendum est, si transactionis causa aliquid recipiendum est ab eis. Ita *d. l.* præses, intelligendam esse notat *Ias. ad d. l. nulli.* Approbat *VVesem. in paratit. ff. de transf.*

Secundò obstat *l. 5. C. de vsur.* vbi tacito pacto administratoris Reipub. dum per aliquot annos recipit minores vsuras, promissis maioribus, incommodatur Reipub. Resp. Ibi non fuit aliquid pacto remissum, sed administratoris negligentia currit contra civitatem præscriptio, quia longo tempore minores vsuræ sunt præstitæ administratori. Per diuturnam enim præstationem minorum vsurarum, præscribitur maioribus vsuris. *l. qui semisses 13. ff. de vsur.*

Tertiò obstat *l. si pignore 54. §. vlt. & l. interdum 56. §. qui tutelam. ff. de furt.* Vbi dicitur tutorem transigere posse de furto in bonis pupilli commisso. Resp. Ibi debitum non fuit liquidum, quo casu tutor potest transigere. Adde, quòd eo casu nihil diminuitur de bonis pupilli. Qui enim occasione acquirendi non vtitur, nihil alienare censetur. *l. alienationis 28. de V. S.*

Postremò obstat *l. si plures 9. ff. de pact.* vbi tutor potest cum debitore pupilli paupere transigere, & illi aliquid de debito remittere. Resp. Regulariter tutor non potest debitũ pupilli transigendo remittere, *l. pactum 22. ff. de pact. l. tutoris 15. ff. eo.* Verùm cum debitore paupere potest decidere, quia hoc fit ex necessitate. *Costal. ad d. l. si plures.* Vide latius pro intellectu huius quæstionis. *Anto. Fabrum in rationalib. suis ad Pandectas ad d. l. nulli ff. de transact. & ibid. Costalium.*

ASSERTIO XLIX.

Maior annis XVII. *potest esse procurator ad Lites, contra communem DD. opinionem.*

NATVS annos XVII. potest esse procurator: sufficit enim ad hoc munus exercendum plena pubertas. *§. iustæ. Inst. Quib. ex caus. manu.* Et hæc doctrina procedit tam in procuratore dato ad iudicia & lites, quàm ad negotia extraiudicialia. Nec obstat *l. exigendi. C. de proc. ex qua Olden. & VVesem.* statuunt in procuratore requiri ætatem XXV. annorum, nam illa lex loquitur de defensore, non de procuratore. Minor annis XXV.

defenſor non eſt idoneus, quia oportet illum ſatiſdare iudicatum ſolui: quo caſu quia obligatur & ſpondet pro alio, imò quia in eum condemnatum fit executio, facilè lædi poteſt: ac proinde quia ex hac cauſa in integrum reſtitui poteſt, defenſor non eſt idoneus. *l. minor 51. ff. de procu.* Diverſa ratio eſt in procuratore: cùm enim hic mandato præcedente cauſam domini agat, imputare debet ſibi dominus, qui rem procuratori minorenni commiſit, nec poterit dominus ex geſtu & adminiſtratione minoris in integrum reſtitui. *l. cum mandato 23. ff. de minor.* Minor itaque xxv. annis poteſt eſſe procurator, ſed non defenſor. Ita rectius mihi ſentire videtur *Cuiac. ad tit. de diverſ. præſcr. c. 29. & lib. Obſ. 22. c. 16.* quàm *VVeſem. in parat. de procur.* Approbat hanc ſententiam *Specu. tit. de procu. §. 1. num. 8.* Diſſentiunt communiter DD. teſtante Jaſone ad *l. exigendi. C. de procur.* Quam ſententiam amplectuntur *Duare. ad tit. de procur. Sneidevv. & Mins. ad d. §. iuſtæ. Capra in commun. opinio. DD.* vbi tradit hanc eſſe communem DD. ſententiam, quod minor xxv. annis procurator in iudicio eſſe non poteſt. Et hæc communis opinio iuris Canonici auctoritate fundatur. *c. 5. de procur. in 6°.* Vbi Bonifacius octavus Pontifex in hæc verba ſcribit. Licet autem quis poſt decimum ſeptimum annum procurator ad negotia licitè deputetur: Ad iudicia tamen, niſi maior xxv. annis fuerit, deputari non debebit.

ASSERTIO L.

In capitalibus iudicijs procurator ad accuſandum aut defendendum intervenire non poteſt, niſi in caſu vbi abſens damnari poteſt, aut ad allegandas cauſas abſentiæ.

IN criminalibus ex parte actoris fruſtra intervenit procurator ad crimen perſequendum. *l. pen. §. vlt. ff. de pub. iud. l. 3. C. de ijs qui accuſ. non poſ. arg. l. vlt. C. de iniur.* vbi permittitur illuſtribus tantùm perſonis in cauſa iniuriarum ad accuſandum procuratores dare, itaque in cæteris lex vetat. *l. cùm prætor. ff. de iudic.* Ratio redditur ex parte actoris, quia in criminalibus cauſis actores non agunt ſuum negotium, ſed publicam vtilitatem exequuntur, vt coërceantur delicta, quæ publicè intereſt non manere impunita. *l. ita vulneratus. ff. Ad l. Aquil.* Cùm autem accuſatoris privatim nihil intereſt, ſed agit vt quis de populo, procuratorem dare non poteſt, *l. non cogendum 45. §. 2. ff. de procur.*

Objicitur quòd actio injuriarum vindictam criminis perſequatur, & tamen licet in ea procuratorem dare, *l. prætor. §. 1. ff. de iniur. l. licet 42. §. 1. ff. de procur.*

de procur. Resp. Hæc actio principaliter persequitur pœnam pecuniariam, quam actor petit sibi dari. *§. pœna. §. pen. Inst.* de iniur. Ideoque actio iniuriarum rectè per procuratorem intentatur, quando civiliter exercetur, non cùm criminaliter ad pœnam corporalem, vel pecuniariam fisco applicandam intenditur.

In criminalibus pro Reo procurator intervenire non potést. *d. l. pen. §. vlt.* Ratio est, quia non oportet iudicia reddi elusoria. *l. si prætor. ff. de iudic.* Quod fieret, si liceret reo abesse, & procuratorem dare, nam si reus sentiret duriorem sententiam in se constitutum iri, absentaret se, & procuratorem constituéret.

Opponitur *l. servum 33. §. publicè ff. de procur.* vbi dicitur, defensionem absentis etiam in publicis iudicijs admitti. Resp. Vlp. loquitur de ea defensione, quòd procurator dari possit in eum finem, ne statim damnetur reus, non vt absoluatur, sed vt sententia iudicis differatur, donec reus revertatur, hoc est, ad alligandas causas absentiæ, non autem ad principalem causam discutiendam. *l. inter 10. ff. de pub. iud. l. absens 71. ff. de procur.*

Objicitur secundò *l. 4. § pen. ff. ad l. Cor. de sic.* ex qua colligitur, reum capitalis criminis absentem etiam in causa principali criminis, per procuratorem defendi posse. Resp. Toties potest procurator ex parte rei in capitali crimine intervenire, quoties reus absens damnari potest. Tum demum autem absens damnatur, cùm reo præsente lis contestata est. h. e. cùm inter reos receptus est, qui soli possunt absentes damnari. *d. l. inter. l. adulteram 13. C. Ad l. Iul. de adul.* vbi dicitur, cognitione criminis suscepta, hoc est, lite contestata, posse reum absentem damnari. Itaque vbi rei tempore litis contestatæ judicio interfuerunt, & postea eos abesse contingat, tunc quia possunt absentes damnari, possunt etiam pro absentibus intervenire procuratores ad principalem causam defendendam. *arg. l. quamvis indubitati. C. Ad l. Iul. de adul.* Verùm quia ante litem contestatam absente reo non potest ad criminis principalis condemnationem iudex pervenire, sed tantum ad annotationem & obsignationem bonorum rei proceditur, *l. ult. ff. de requ. vel abs. dam. l. absentem. C. de accus.* ideò non potest procurator intervenire pro reo ad defensionem criminis ante litem contestatam. *Cuiac. lib. Obs. 20. c. 11. 20. & 21. Roper. lib. 2. rec. sen. c. 3. Vulte. lib. vnic. Scholast. discept. c. x1.* Communiter à DD. in hoc articulo ita distinguitur. Aut crimen tale est, ex quo sequi potest pœna corporalis, saltem vsque ad relegationem, & tunc non licet procuratorem dare: sin autem est pœna pecuniaria vel relegationis, dare licet. *l. absentem. ff. de pœn. l. 1. ff. An per al. caus. app. l. tunc convenit. 15. C. de accus. l. 3. C. Vbi Senat. vel clariss.* in verb. publicum crimen, privatumve, cui tamen per procuratorem respondere non liceat. Et hanc senten-

ſententiam in praxi ſervari teſtatur *Clarus lib. 5. §. fin. q. 32. §. hæc autem. Menoch. in arbitrar. iud. lib. 1. quæſt. 80. Fachin. lib. 1. contro. iur. cap. 25. & 26.*

ASSERTIO LI.

Procurator totorum bonorum non poteſt res domini vendere, neque tranſigere de rebus domini, ſed procurator datus cum libera poteſtate, poteſt.

HANC theſin confirmat. *l. procurator cui 58. cum l. ſeq. l. mandato 60. & l. procurator totorum 63. ff. de procur. l. qua ratione 9. §. 3. ff. de acq. re. do. l. reſcriptum. §. vlt. & ll. ſeq. ff. de pact.*

Obiicitur *l. contra 28. §. 1. ff. de pact. l. ſi conſenſit. §. videbimus. ff. Qu. mo. pig. ſol.* quæ innuunt procuratores etiam cum libera poteſtate conſtitutos, non poſſe tranſigendo jus domini remittere, ſeu res eius alienare. Reſp. Aut tranſactio fit ſuper dubio & controuerſo jure domini, & tunc poteſt procurator cum libera, tranſigendo domino nocere. *l. præſes. C. de tranſ. d. l. reſcriptum. §. fi. & ll. ſeq.* Aut tranſactio ſeu pactum fit de cauſa & re certa, & tunc procurator tranſigendo, certum domini debitum remittere non poteſt. *d. l. mandato.* Hæc diſtinctio expreſſè comprobatur per *l. præſes. C. de tranſ.* vbi ſtatuitur, quòd adminiſtrator ciuitatis tranſigere non poteſt donationis cauſa, ſeu ambitioſè & gratioſè certum domini debitum remittere, ſed tamen ſuper jure dubio paciſcendo, domino nocere poteſt. Atqui adminiſtratores Reipub. dicuntur habere mandatum cum libera adminiſtratione. *l. item magiſtri 14. ff. de pact.* Ergò & procuratoribus cum libera poteſtate idem conceditur.

Secundò huic deciſioni, quòd procurator datus cum libera, res domini alienare poſſit, (quæ in *d. l. procurator 58. & d. l. qua ratione.* diſertè fundatur,) videntur obſtare *d. l. procurator totorum. & l. procuratorem 16. C. de procur.* quibus affirmatur, quòd ſolus procurator, qui habet ſpeciale mandatum, res domini alienare poteſt. Itaque etiam procuratori cum libera res domini alienandi facultas interdicta eſt. Reſp. Prædictæ leges ita accipiendæ ſunt, vt procurator generalis omnium bonorum ſimpliciter conſtitutus, tantùm excludatur: nam ille res domini alienare nequit, niſi fructus & alia mobilia, quæ facilè corrumpi poſſunt. *d. l. 63.* Procurator verò cum libera datus, res domini vendere poteſt, modò id faciat animo adminiſtrandi, non donandi vel dilapidandi. *l. creditor. 60. §. vlt. ff. Mand. l. filiusfa. 7. ff. de don. d. l.* qua ratione. Ratio eſt, quia procurator qui habet ſpeciale manda-

mandatum, & procurator datus cum libera, æquiparantur. *l. si quis hac. 41. §. vlt. ff. de rei vend.* Et hæc distinctio inter procuratorem omnium bonorum, & procuratorem cum libera, communiter à DD. recepta est, *teste Costal. in d. l. 58.* eaque comprobatur in c. qui ad agendum. de procur. in 6. licet eam conuellere conetur *Baro in d. l. mandato.* Sic enim summus Pont. Bonifacius rescribit in *d. c.* qui ad agendum. Procurator absque speciali mandato iuramentum deferre, transigere, vel pacisci non potest, nisi ei bonorum vel causæ administratio liberè sit concessa. Hanc sententiam, quod procurator omnium bonorum cum libera potestate constitutus de rebus domini liberè transigere possit, sic vt dominus ratam transactionem ratam habere cogatur amplectuntur *Alciatus nu. 25. & Hotom. ad l. transactionis. 7. C. de transact. Duare. ad c. 1. de transact. Cuiac. ad §. 41. Inst. de rer. divis. Pacius centur. 2. ἐναντιοφανῶν. quæst. 47.*

ASSERTIO LII.

Procurator ex contractibus gestis procuratorio nomine, tenetur etiam finito officio.

CONFIRMATVR hæc thesis in *l. seruum Titij 49. vers. & puto. ff. Mand. l. si literas. C. eo. l. procurator qui 67. ff. de procur.* vbi traditur, quòd in procuratorem de contractibus ab eo gestis fiat executio, etiam finita potestate. Sicut enim est in arbitrio contrahentis cum procuratore vel magistro nauis, vtrum cum institore vel magistro nauis, an cum domino seu exercitore velit experiri. *l. 1. §. est autem. ff. de exer. act.* ita liberùm est ei qui cum procuratore contraxit, in procuratorem vel dominum agere. Si tamen qui cum procuratore contraxit, contemplatione solius domini contractum inijt, solus dominus conuenitur, non procurator. *l. si pupilli. §. 1. ff. de neg. gest.*

Obijcitur *l. vlt. ff. de inst. act.* vbi institor qui constituit se soluturum nomine domini, finito officio non tenetur. Resp. Ibi institor non obligauerat se pro domino, neque constituerat se debere, sed tantùm ad probandum institoris officium, quòd scilicet mensa nummularia sibi à domino esset commissa, scripserat certam summam ex mensa domini aduersario deberi; ideoque ex tali epistola, quam non ad se obligandum, sed fidem mensæ ostendendam scripsit, conueniri non potest. *Castren. in d. l. vlt.* Vel respondendum cum Costalio in *l. Plautius. ff. de procur.* quòd institor ibi non ex contractu, sed ex simplici confessione conueniebatur. Diversum autem obtinet in tutore quàm procuratore: nam tutor de contractibus ab

eo nomine tutorio gestis, finito officio non tenetur. *l.5.§.1.ff. Quan. ex fac. tut. l.1. C. eo. l. cùm quædam 26. C. de adm. tut.* Ratio diuersitatis est, quod tutor inuitus ex necessitate muneris publici obligatur, procurator vero se pro domino voluntariè obligat, vt rectè notat Accur. in *d. l. procurator qui. per d. l. cum quædam. l. tutori 20. C. de neg. gest.* Quod si tutor proprio nomine contraxit, tunc finito officio, fit etiam contra eum executio. *d. l.5. §.1. l. tutores 39. §. aduersus ff. de adm. tut. l. pen. C. Si tut. vel cur. interu. l. si non subscripsisti 15. C. de admin. tuto.*

ASSERTIO LIII.

Procurator præcisè non cogitur dominum defendere.

ANCEPS & difficilis à DD. mouetur quæstio, An procurator præcisè cogatur iudicium suscipere, & dominum defendere. In qua quæstione latè se implicat *Accur. in l. sed & hæ. 35. §. vlt. ff. de procur.* Et verior est sententia, quod procurator etiamsi satisdedit de iudicato soluendo, & defendendo, tamen non cogitur districtè dominum defendere, sed sufficit actori, quod possit agere ex stipulatione iudicatum solui, quæ committitur ad interesse ob rem non defensam. *l. mutus 43. §. vlt. cum ll. seq. ff. de procur.*

Obiicitur *l. filius fam. 8. §. vlt. ff. de procur.* Vbi dicitur, quod procurator, pro quo consentiente & sciente dominus satisdedit iudicatum solui, cogatur iudicium accipere, & dominum defendere, nec liberatur præstando id quod interest domini, litem non esse defensam. Resp. sub distinctione. Aut ipse procurator satisdedit de iudicato soluendo, & defendendo, & tunc non cogitur præcisè dominum defendere; sed satis est committi stipulationem ob rem non defensam, ad interesse. *l. non cogendum 45. ff. de procur.* sufficitque eum teneri domino actione mandati ad interesse. *§. mandatum. Inst. manda.* Aut dominus satisdedit pro procuratore præsente & sciente, iudicatum solui, & tunc districtè cogitur procurator defendere. *d. l. 8. §. vlt. l. si defunctm 15. ff. eò.* Ratio est, quia cùm dominus cauit pro procuratore, tunc meritò Prætor potest compellere procuratorem, ut præcisè defendat, & iudicium accipiat, ne scilicet simul & actor & dominus, quibus vtriusque fidem præstitit procurator, decipiantur.

Secundò aduersatur *l. seruum 33. §. vlt. & l. sed & hæ. 35. §. vlt. ff. de procur.* vbi dicitur, procuratorem teneri dominum defendere, eumque cogi ad iudicium accipiendum. Resp. Illæ leges de procutatore actoris loquuntur, quod scilicet procurator qui alicuius nomine agit, cogitur eiusdem etiam

etiam defensionem suscipere, si procurator actoris à reo reconueniatur, nec liberatur præstando quanti ea res est. Aliud obtinet in procuratore rei, qui non cogitur districtè judicium accipere, sed sufficit committi stipulationem iudicatum solui, ob rem non defensam.

ASSERTIO LIV.

Si dominus factus est non soluendo, procurator non tenetur eum defendere.

PROCVRATOR qui satis dedit judicatum solui pro reo, non est cogendus iudicium accipere, si dominus factus est non soluendo, vel bona eius possessa sunt à creditoribus. Inopia enim rei principalis siue domini excusat procuratorem à defendendo. *tex. est expressus in. l. mutus 43. §. vlt. ff. de procur,*

Sed adversatur graviter *l. Titius, antep. ff. eo.* Vbi dicitur, quòd defensor qui satisdedit iudicatum solui, tenetur omninò dominum defendere, etiamsi dominus desiit esse soluendo. Resp. ex distinctione Bartoli in *d. l. Titius.* Aut quis sine mandato se liti obtulit pro domino absente, & hic necessario obligatur ad defendendum, neque iudicium recusare potest, siue dominus sit soluendo, siue non. Ratio est, quia in defensorem, qui se iudicio sine mandato obtulit, fit executio sententiæ, *l. Plautius 61. ff. de procur. l. 4. in prin. ff. de re iud.* Præterea defensor postquàm satis dedit iudicatum solui, censetur dominus litis, & omne periculum ad eum pertinet. Ita accipienda est *d. l. Titius*, quod scilicet loquatur de defensore, qui scilicet sine mandato interuenit pro reo, quod necessario iudicium suscipere cogatur. Aut quis cum mandato se obtulit alicuius defensioni, & eo casu procurator, domino effecto paupere, defensionam iustè recusare potest, quia in eum non fit executio iudicati. *d. l. 4.* Inopia enim domini, est iusta causa non defendendi, in procuratore. Ita soluunt hanc antinomiam. *Bart. & Costal. ad d. l. Titius.* Ex quo notanda est insignis decisio, quod scilicet regulariter censeatur tacitè reuocari mandatum, si dominus vel procurator desierint esse soluendo, vel cœperint labi facultatibus. *l. cùm quis 38. in princ. l. si cùm Cornelius 82. & ibi Bart. ff. de solu. tex notab. in l. liberto. §. largius. ff. de ann. legat. VVes. ad tit. de procur. num. 11.*

ASSERTIO LV.

In actionibus famosis procurator interuenire potest.

QVOD in iudiciis famosis procurator licitè interuenire possit, manifestè ex eo probatur, quod alieno nomine puta procuratorio possit quis ex causa famosa condemnari. *l. furti 6. §. 1. ff. de his qui not. inf.* Idem ostendit apertè *Paulus in l. licet 42. §. 1. ff. de procur.* vbi in actione iniuriarum, quæ ex lege Cornelia descendit, admittit procuratorem, quod iudicium infamat.

Opponitur huic sententiæ. *l. non solum 39. §. fin. ff. de procur.* vbi in accusatione suspecti tutoris, quæ famosa nimirum ob dolum esse potest, IC. putat procuratorem non facilè admittendum. Resp Aut certa pœna in famosis actionibus vertitur, quæ vsque ad relegationem extendi potest, & tunc admittitur procurator. *d. l. licet.* §. 1. *l. 1. ff. An per al. caus. app.* Sic si agatur crimine suspecti tutoris, in hoc tantùm, vt tutor à tutela remoueatur, & infamia notetur, procurator recipitur. Aut pœna arbitria est, vt cùm suspecti crimen intentatur, vt tutor puniatur corporaliter: quod fieri potest, si improbè grassetur in bonis pupilli, eaque fraudulenter diminuat. *l. 1. §. vlt. & l. seq. ff. de susp. tut. l. 1. §. solent. ff. de off. præf. vrb.* & tunc procurator repudiatur. *VVesem. ad. tit. de procur. in parat. num. 5. Bart. ad l. pen. §. vlt. ff. de pub. iud.* Similiter si agatur actione iniuriarum pro atroci iniuria, ex qua etiam pœna corporalis infligi potest. *l. vlt. ff. de iniur.* non potest interuenire procurator, ne iudicia reddantur elusoria, & maleficia maneant impunita. *arg. l. vlt. C. de iniur.* vbi in actione iniuriarum criminaliter mota, ex speciali priuilegio conceditur illustribus personis, vt per procuratorem possint litigare, ergo aliis hoc est interdictum.

Secundo repugnat, quod iudicia famosa capitalibus æquiparantur. *l. iusta. vbi Glos. ff. de man. vind.* Arqui in capitalibus causis non admittuntur procuratores, ergo nec in famosis. Resp. Hoc quod dicitur causam famæ comparari iudicio capitali, non simpliciter verum est, sed secundum quid, puta in delatione iuramenti purgationis, item in restitutione in integrum, propter metum, tam vitæ, quàm famæ alicuius illatum concedenda. *l. isti quidem 8. ff. Quod met. caus. VVes. d. loco.*

ASSERTIO LVI.

Qui propria auctoritate, & sine iudice sibi ius dicit, vel per vim quod suum est, vel sibi debetur, aufert, ius suum amittit.

PROBATVR hæc conclusio in *l. extat. ff. Quod me caus. l. pen. & ult. ff. Ad l. Iul. de vi privat. l. si quis in tantam. C. Vnde vi.* Ratio huius decisionis est, quia non est singulis permittendum, quod per magistratum publicè fieri debet. *l. non est singulis 176. ff. de R I.* Ideò enim iudiciorum vigor, iurisque publici tutela in medio posita est, ne quilibet privatus sibi ipsi permittere valeat vltionem. *l. nullus 13. C. de Iudæ.*

Obijcitur primò huic assertioni *l. quemadmodum 29. §. 1. ff. ad l.* Aquil. vbi permittitur domino propria auctoritate, etiam iudice non adito quòd in suo ædificatum est, tollere vel destruere. Resp. Quod dicitur, non licere suum sine iudice ab alio auferre, intelligendum est de eo, qui non possidet, alioqui si quis rem possideret, & in ea aliquid fieret, posset propria auctoritate, quod in suo positum vel ædificatum est, destruere, aut rem occupare. *l. si in area 33. ff. de cond. inde. Costal. ad d. l. extat.*

Secundò obijcitur *l. 1. in princ ff. Quod legat.* vbi legatarius qui propria auctoritate sine voluntate heredis legatum occupavit, tenetur quidem interdicto, quod legatorum, vt heredi possessionem rei legatæ reddat, quo is Falcidiam detrahat, sed tamen legatum non amittit. Resp. Ideò non amittit legatum, quia id occupavit, antequam possessio legati per heredem esset apprehensa. Quandiu enim heres non apprehendit rerum hereditariarum possessionem, censetur adhuc possessio vacare, & apud nullum existere. *l. cum heredes 23. ff. de acq. poss. l. 1. §. Scævola. ff. Si quis test. lib.* Vnde si legatarius post aditam hereditatem, & apprehensam possessionem rei legatæ, legatum occupet, aut subtrahat hæredi, legatum amittit. *l. non est dubium. & ibi gl. C. de legat. Gomez. tom. 1. var. resol. c. 12. de legat. num. 10.*

Tertiò adversatur *l. qui vas 48. in princ. ff. de furt.* Ubi dominus impunè rem furtivam furi aufert. Resp. Cum Cuiacio, quod hoc non intelligendum est de violenta ablatione, sed quod ibi legitimè & per auctoritatem iudicis dominus rem abstulit furi.

Quartò refragatur *l. ait prætor 10. §. si debitorem ff. Quæ in frau. cred.* Vbi dicitur, quod creditor potest propria auctoritate detinere debitorem fugientem, & pecuniam secum ferentem ab eo auferre. Resp. Hoc casu excusatur qualis qualis vis creditoris, eò quod fugiente debitore pericu-

lum est in mora. Nam priusquam creditor posset adire magistratum, procul dubio fuga evasisset debitor. *Eleganter Cuiat. lib. Obs. 16. cap. 19.*

Quintò opponitur *l. 3. C. de pign.* vbi dicitur, quod creditores qui propria auctoritate pignus occupant, vim non faciunt. Resp. Sub distinct. Aut creditores propria auctoritate ingrediuntur possessionem pignoris volente debitore, & non resistente tempore ingressionis, & tunc vim non faciunt. Aut repugnante debitore tempore invasionis, eòque expulso ingrediuntur possessionem, & tunc vim faciunt. *l. in possessionem. C. Ad l. Iul. de vi.* Non obstat, quod liceat creditori propria auctoritate, seu per vim pignus occupare, quia hæc conventio tanquam bonis moribus contraria non est servanda. *l. 3. ff. Quod met. cau. l. nihil consensui 116. de R. I. l. 5. ff. de pact. dotal. Ita respondet celeberrimus* I C^tus *Donel. ad l. 3. C. de pigno.*

Postremò putat Accur. licere creditori sine iudice pignus occupare ex pacto, idque omnes interpretes sequuntur. per *l. pen. C. de pign. act.* Quod erroneum est, vt traditur in *l. 3. C. de pign.* vbi dicitur, quòd quamvis inter debitorem & creditorem convenit, vt liceat creditori propria auctoritate possessionem pignoris ingredi, tamen cum auctoritate magistratus id facere debet. Nec facit pro Accur. *d. l. penul.* nam ea accipienda est de conventione, qua creditori possidenti pignus, concessa est à debitore facultas vendendi: quod pactum facit, vt debito soluto necesse non sit debitori pignus restituere, sed ut creditor possit pignus auferre, id est, alienare.

ASSERTIO LVII.

Si dolus dat causam contractui bonæ fidei, contractus est ipso iure nullius. In stricti autem iuris contractibus, sive dolus dat causam, sive incidit, contractus ipsò iure subsistit, sed doli actione vel exceptione vindicatur.

IN bonæ fidei contractibus, quoties dolus dat causam contractui, hoc est, si doloso consilio ad contrahendum quis inducitur, qui aliàs non erat contracturus, non habet locum actio doli ad rescindendum contractum, sed contractus ipso iure nullus est. *l. & eleganter. in princ. in verb.* nullam esse venditionem, si in hoc ipso vt venderet, circumscriptus est. *ff. de dolo. l. 3. ff. Pro soc. l. in causæ. 2. §. 1. ff. de min.* Ratio est, quia talis contractus cùm fundamento careat, scilicet bona fide, subsistere non potest: nihil enim tam contrarium est bonæ fidei, quàm dolus. *d. l. 3.* In stricti iuris

contractibus, sive dolus det causam, sive incidat in contractum, contractus ipso iure subsistit, sed actione vel exceptione doli opus est ad dolum vindicandum. *l.dolo.C.de inut.stip.l.22.& 36.de V.O. d.l.& eleganter.§.non solum.* Et hæc sententia, quod venditio, seu alius contractus bonæ fidei, cui dolus causam dedit, ipso iure nullus sit & irritus, iudicando comprobata est in suprema curia Mechliniensi Anno 1594. Iª die Februarij in lite pendente inter Idam Enchusanam, & mercatorẽ quendam Spintium dictum. Ita pronuntiatum extat in decisionib. supremi Senatus Holland. & VVestfris. decis.6.

Pugnat autem primò graviter cum hac thesi *l.si dolo. C. de resc.vend.* vbi venditio dolo extorta rescindi dicitur, ergo contractus ipso iure subsistebat, quia quod nullum est, rescissione non eget, *l.1. l.nam etsi 5.ff. de iniust.rup.irr.* Resp. cum *Cuiac.ad d.l.& eleganter*, quòd contractus bonæ fidei, cui dolus dedit causam, non rescindatur actione doli, sed declaretur tantùm nullus officio iudicis, & revocentur data & tradita per condictionem sine causa, seu rei vindicationem. *l.cùm ab eo 41.§.ult.ff.de con.emp.* Ex nullo enim & inutili contractu dominium non transfertur, licet transeat possessio. *l.1. §.si vir. ff. de acq.poss.*

Secundò obstat *l.si res æstimata 12. §.1.ff. de iu.dot.* vbi mulier, quæ fuit circumventa, vt servum doti daret, agit actione de dote servi nomine, vbi competit actio ex ipso contractu dotis dolo inito: ergo contractus valet. Resp. Mulier non fuit principaliter dolo inducta vt dotem daret, quia tunc contractus ipso iure nullus fuisset, sed fuit decepta in traditione, quam dotis causa fecit, seu in pretio servi in dotem dati, qui minoris æstimatus est, quàm valebat.

Tertiò obijcitur, quòd contractus metu initus, non est ipso iure nullus, sed per actionem quod metus causa rescinditur. *l.3.4.5. & 8. C. Quod met. caus.* Ergo & contractus, quibus dolus causam dedit, non sunt ipso iure nulli, quia in metu dolus inest. *l.item si cum 14. §. eum qui. ff. Quod met.caus.* Resp. In metu dolus inest: aliud tamen est metus, aliud dolus. Metu cogimur. *l.2.ff. Quod met.caus.* dolo verò decipimur. *l.1.ff.de dolo.* Præterea metus propalam infertur, dolus verò per insidias. Denique quod metu contractum est, id habet vtrinque consensum, quia coacta voluntas etiam voluntas est. *l.si metus 85.ff.de acqu.her.l.si mulier.§.pen.ff. Quod met.caus.* At in dolo non inest consensus, quia aliud agitur, aliud simulatur. *l.1.ff. de dolo.*

Postremò notandum, quòd si incidat dolus in contractum bonæ fidei, tunc actione ex ipso contractu, vel exceptione doli, quæ iudicijs bonæ fidei inest, dolus purgatur. Vtputa si dolo fiat, vt res pluris ematur, vel minoris vendatur, tunc perstabit contractus, sed agetur ex emto vel vendito, quanti

quanti pluris vel minoris res vendita vel emta fuisset, si dolus non intervenisset, *d.l. & eleganter. §. non solum. l. si quis 9. ff. de dolo. l. Iulianus. §. si venditor. & seq. ff. de act. emp. Baro ad tit. de societ.*

Quartò obijcitur *l. ex emto 11. §. si quis virginem. ff. de act. emp.* vbi dicitur, si quis virginem emere volenti, mulierem dolo vendidit, quam non emisset, si scivisset esse corruptam, quòd detur actio ex emto, vt resoluto contractu pretium reddatur restituta muliere. Vnde videtur, contractum venditionis cui dolus causam dedit, valere; alioqui non daretur actio ex emto. Resp. Quòd venditor dolo non induxit emtorem ad emendum, sed emtor putavit errore se emisse virginem, & venditor in eo errore passus est eum hærere, non autem affirmavit eam esse virginem. Dolus ergo hic non vindicatur, sed error corrigitur resoluta emtione.

uenisset

ASSERTIO LVIII.

Actio doli non habet locum, vbi alia superest.

PRÆTOR ita demum dat actionem de dolo, si alia actio non competit, hoc est, si nullum aliud rei suæ conservandæ, aut recuperandæ remedium superest, *l. 1. §. verba. ff. de dol. ma. l. 2. C. eo.* Est enim hæc actio subsidiaria, quæ ita demum datur, si aliæ omnes actiones deficiant. *l. & eleganter. in pr. ff. d. t.* Ratio subiungitur in d.l.1. quia non temerè debuit à Prætore tam famosa actio decerni.

Obijcitur primò *l. item si cum 14. §. eum qui. ff. Quod met. caus.* vbi dicitur actionem quod metus causa, concurrere cum actione de dolo. Resp. Quòd is qui metum intulit, possit quidem etiam actione de dolo conveniri, sed tamen humanius facturus est Prætor, si actionem de dolo non decernat, vbi alia competit, quæ non est famosa. *l. Divus. ff. de in int. rest. Baro ad d. §. eum qui.*

Secundò vehemens est in hac quæstione pugna, inter *l. arbitrio. §. si dominus. ff. de dolo. & l. repeti. §. vlt. ff. Qu. mo. vsusf. amit. In §. si dominus,* asseritur, quòd quando dominus proprietatis domum, cuius vsusfructus alteri legatus est, demolitus est, vel incendit, non competat actio de dolo, quia dantur aliæ actiones, scilicet actio legis Aquiliæ, vel ad exhibendum, si possidens proprietarius exussit. Sed in *d. l. repeti. §. vlt.* dicitur, si in area, cuius vsusfructus legatus est, dominus posuit ædificium, quòd detur actio doli. Resp. Diversa sunt hæc, cùm dominus proprietatis exussit ædes fructuarias, & cùm ædificium in area fructuaria posuit. Ædibus exustis competit fructuario actio l. Aquiliæ *l. sed & si 12. ff. ad l. Aquil.* Sed posito in area ædificio,

ficio, non competit actio *l. Aquiliæ*, quia areæ damni nihil datum eſt, itaque ante traditionem vſusfructus competet actio ex teſtamento, tradito verò areæ vſufructu, dabitur actio de dolo. *Govean. lib. 1. Var. lect. c. 38. Cuiac. ad d. §. ſi dominus.*

Tertiò adverſatur *l. ſi heres 116. de leg. 1.* vbi traditur, quòd heres, qui ſervo in genere legato, ſciens legatario tradidit ſervum furtis noxiſque adſtrictum, quòd competat legatario actio de dolo. Atqui in eodem caſu concurrit actio ex teſtamento. Si enim homo generaliter legatus ſit, & heres dedit ſervum furtis obnoxium, conveniri poteſt actione ex teſtamento ob evictionem, quòd dederit talem ſervum, quem habere non liceat, qui poterit legatario auferri ex cauſa noxali. *l. ſi à ſubſtituto 45. §. 1. l. ſi domus 71. §. 1. de leg. 1. l. heres ſervum 58. ff. de evict.* Reſp. Quòd dicit Africanus in d. l. heres, teneri heredem, qui ſciens legatario furem præſtitit, actione de dolo, in eo poſtea ſe ipſum corrigit, & ait potius eſſe, vt competat actio in factum, vel ex teſtamento. Non igitur dabitur actio doli, quæ eſt ſubſidiaria: ſufficit enim actio ex teſtamento, qua legatarius agit contra heredem, ac ſi nihil dediſſet, vt alium frugi & probum ſervum præſtet, quem habere liceat, & furem quem dederat ex legati cauſa, pro noxæ deditione relinquat. Ita notat eleganter *Cuiac. ad d. l. ſi heres. in tract. ad African.*

Quartò adverſatur *l. 1. C. de dolo.* vbi dicitur, ſi fideiuſſor emit à creditore pignora, quòd ea oblato omni debito, vna cum fructibus debitori reſtituere cogatur per actionem de dolo, cùm tamen eo nomine competat actio mandati. *l. ſi mandato Titij 59. §. 1. ff. Manda.* Reſp. Hoc non eſt intelligendum de prætoria actione de dolo, quæ ſubſidiaria eſt actio, ſed de mandati actione, cui vt omnibus bonæ fidei iudicijs, doli & dolus vindicatur actio ineſt. In directis enim bonæ fidei actionibus agitur de fide rupta clauſula, vel doli actio. *l. ei apud quem. ff. de poſ. l. ad comparandas. C. Manda.*

Quintò pugnat *l. rei quam venalem 33. ff. de dolo.* vbi dicitur, quòd qui lite alicui mota, eripuit ei vendendi occaſionem, tenetur actione in factum, cùm tamen eo caſu actioni de dolo locus eſſe videatur, propter commiſſum dolum. Reſp. Competit eo caſu actio de dolo, ſi appareat id callidè factum: ſi verò dolus abſit, datur actio in factum de indemnitate. *Cuiac. ad d. l. 33.*

Sexto ex contractu innominato facio vt des, competit actio doli. vt probatur *in l. 5, §. quod ſi faciam. ff. de præſ. ver. & l. cùm proponas. C. de dolo.* Verùm huic ſententiæ è diametro repugnant *l. ſolent 15. ff. de præſ. ver. & l. cum mota. C. de tranſ.* vbi traditur quòd ex contractu facio vt des, detur actio præſcriptis verbis. Ad l. ſolent, reſpondetur, Quod ibi dicitur, dari actionem præſcriptis verbis, mox in ſequentibus verbis corrigitur, dum ſub-

iungit I.C. nisi si quis in hac specie competere de dolo actionem dicat. Hæc particula NISI corrigit, vt & in *l. si mihi purè. de leg. 2.* Ita notat *Cuiac. ad l. 7. ff. de pact. Ad l. cum mota,* respondetur, quòd ibi initus fuit contractus, do vt facias: hac scilicet formula, do tibi partem bonorum vt à lite discedas.

Septimò si debitor à creditore deceptus est, vt eum liberet, de dolo actio est, *l. 1. §. pen. ff. de dolo. l. 4. l. sub prætext. C. de transf.* Sed obijcitur, quòd etiam in hac specie datur condictio causa dati, causa non secuta, & actio præscriptis verbis, *l. si quis accepto. ff. de cond. caus. dat. l. si ob eam. ff. de præs. ver.* Resp. His actionibus locus est, cùm debitor certa lege liberatus, postea fidem fallit. Actione de dolo experimur, cùm in extorquenda liberatione debitor creditorem fefellit.

Octavò & vltimò si dolo adversarij dies actionis exierit, de dolo agitur. *l. 1. §. idem Pomponius ff. de dolo.* Sed obstat *l. ait Prætor, §. vlt. & l. seq. ff. Ex qu. caus. maio.* quæ videtur hoc casu actori in integrum restitutionem dare. Resp. Ibi restitutio contra eum datur, qui id facit, ne omnino secum agi posset. Potest autem quis secum agendi potestatem facere, & tamen ludificationibus, dolosisque persuasionibus id efficere, vt dies actionis prætereat, vt si falsò persuadeat heredi, diem nondum in eo esse, vt brevi exiturus sit.

ASSERTIO LIX.

Vniversitas seu Respub. ex delicto obligari & conveniri potest.

ETIAM vniversitas delinquere, & ex delicto conveniri potest. Sic potest populus, civitas, vel collegium, metum vel iniuriam alicui inferre, si scilicet conventu habito vim fecerit. *l. metum 9. §. 1. ff. Quod met. caus.* Licet enim vniversitas per se considerata sit fictum & imaginarium quoddam corpus, quod neque animam neque intellectum habet, ideoque consentire & delinquere non posse videatur, per *l. 1. ff. de libert. vniver. l. 1. §. vlt. ff. de acq. poss.* tamen eo non obstante in multis legibus affirmatur, vniversitatem delinquere. *d. l. 9. §. 1. Auth. item nulla. C. de epis. & cler.* Similiter & per eos quibus summa Reipub. commissa est, vt sunt decuriones, syndici, omnia agere potest civitas, vnde & per eos delinquere intelligitur. *l. municipes. 14. ff. ad Munic. l. 1. in fi. & l. seq. ff. ad Munic.* Tum demum autem vniversitas ex delicto tenetur], quando communicato consilio, & præcedente deliberatione, vel ipsi rectores vniversitatis, vel maior pars populi

populi delinquit. Quod enim maior pars publicè facit, per vniversos factum censetur. *l. aliud §. refertur. ff. de R.I.*

Sed obijcitur *l. sed ex dolo. 15. §. 1. ff. de dolo.* vbi dicitur, in municipes non dari actionem de dolo, & additur ratio, quia municipes nihil dolo facere possunt. Hæc antinomia hoc modo conciliari potest. Aut vniversitas, vel maior pars civitatis deliquit communicato consilio, vel præcedente convocatione populi, & tunc vniversitas ipsa ex delicto tenetur. Ita accipienda est *d. l. metum. §. 1. ff. Quod met. cau. fa. l. semper. §. si in sepulchro. ff. Quod vi aut clam.* Aut pars aliqua populi sine communicatione consilij, & præcedente convocatione deliquit, & tunc vniversitas non obligatur ex delicto: quia non vniversitas, sed particulares aliquot cives proprio motu deliquisse censentur. *d. l. sed ex dolo. §. 1. & ibi Glos.* Ideòque personæ delinquentes, non vniversitas puniri debet. arg. *l. sicut §. 1.* vbi ita distinguunt *Bart. & Castren. ff. Quod cui. vni. no. Approbat Mins. cent. 4. Obs. 78. & 79. Bart. in l. aut facta. §. 1. ff. de pœn.* vbi notat, tum demum vniversitatem delinquere ac puniri, si singulorum ac vniversorum deliberatio antecedat. *Vide Gomez. in Var. resol. tomo 3. c. 1. nu. 52. & 53.* Et hæc distinctio in praxi, vsuque forensi, recepta est, & ab interpretibus communiter approbata. *Mins. d. cent. 4. Obs. 78. & 79. per totum.*

ASSERTIO LX.

Minore restituto in integrum, fideiussores non sunt restituendi.

IN hac quæstione, An minore xxv. annis restituto in integrum, fideiussores sint restituendi, ita est distinguendum. Aut minor deceptus est dolo adversarij; & tunc fideiussoribus eius auxilium restitutionis datur. Aut minor circumscriptus est re ipsa, hoc est, lubrico ætatis; & tunc beneficium restitutionis non competit fideiussoribus. *l. 2. C. de fideiuss. min. l. exceptiones. 7. ff. de excep.*

Opponitur *l. si Titius & Seia. 48. ff. de fideiuss.* Vbi dicitur, quòd si quis vnà cum minore fideiussit, & minor restituatur in integrum, quòd restitutio prosit confideiussori maiori, eo quòd in partem tantùm teneatur. Quod si restitutio illi non prodesset, in solidum obligaretur, quia regulariter qui cum alio fideiubet, à quo exigi nihil potest, tenetur in solidum. *d. l. si Titius, in princ. §. si plures. Inst. de fideiuss.* Resp. Ideo fideiussor qui cum minore fideiussit, tenetur pro parte, quia ignoravit illius ætatem. Quod si scivit eum minorem esse, restitutio minoris ei non prodest: quemadmodum

dicitur in eadem l. si quis pro alio cum muliere fideiubeat, quòd muliere ab intercessione liberata, ipse teneatur in solidum, quia scivit eam esse mulierem, & pro alio non posse fideiubere, *Cuiac. lib. Obs. 10. c. 23.*

Secundò obijcitur *l. minor. 51. ff. de procu.* vbi dicitur, quòd si minor xxv. annis pro alio intervenit defensor in iudicio, & restituatur in integrum, quòd fideiussoribus eius quoque subveniatur. Resp. Ideò ibi minore restituto succurritur fideiussoribus, quia adversarius alium habet, in quem transferre possit iudicium: potest enim actor contra reum, pro quo minor intervenit defensor, ius suum salvum habere. Sed contra solutionem rursus opponitur. Fieri potest, vt iste principalis debitor, pro quo minor defensor extitit, non sit solvendo, & sic salva non erit actori contra eum actio. Resp. Ideò fideiussores in hoc casu restituuntur in integrum, quia fideiubent pro minore, sub certæ personæ qualitate, hoc est, quatenus minor est defensor alienæ litis. Atqui minor per restitutionem in integrum eam personam deponit. Ergo & fideiussores qui pro eo tanquam defensore intervenerunt, liberantur.

Tertiò obijcitur *l. si pupillus. 89. ff. de acq. her.* vbi dicitur, si pupillus se hereditate abstineat, succurri & fideiussoribus eius. Resp. Ideò succurritur fideiussoribus pupilli, cùm pupillus se abstinuit à paterna hereditate, quia ipso jure pupilli abstinent hereditate paterna, absque petitione restitutionis in integrum. Vnde quia pupillus post abstentionem ipso jure non est obligatus, ne fideiussores eius tenentur. *l. 11. 12.* & 57. *ff. de acq. her.*

Quarto obijcitur, quod sublata obligatione principali, tollitur & fideiussoria tanquam accessoria. *l. cum principalis 187. ff. de R. I.* Ergo cùm obligatio principalis extinguitur per restitutionem in integrum, tollitur & fideiussoria. Resp. Per restitutionem in integrum non tollitur planè obligatio principalis, sed exceptio quædam personalis contra eam minori conceditur, ratione ætatis: quod beneficium cùm sit personale, non extenditur ad fideiussores. *d. l. exceptiones.* Ita tradunt *Cuiacius ad l. 3. & 13. ff. de minor. Gomezius libro 2. varia. resolut. c. 14. nu. 6. & 9.*

ASSERTIO LXI.

Liberi & liberti non restituuntur in integrum contra parentes & patronos.

NEQVE liberis aduersus patrem, neque libertis contra patronum datur restitutio in integrum, si quid cum iis parentes vel patroni contraxerint, in quibus se læsos sua imbecillitate, & lubrico ætatis circumventos

cumventos dicant. tex. est in *l. vlt. C. Qui & adu. qu. in int. rest.* Ratio est, quia quodammodo suggillari pudor & opinio parentum videtur, contra quos postulatur restitutio. Honestius verò & melius est, æqui boniquе consulere adolescentem damnum quod fecit, quàm retractare, quod cum his personis gestum est, in quas etiam fraudis suspicio non cadit.

Aduersatur maximè huic enunciato. *l. 11. ff. de dolo. & l. si superstite 5. C. eo* vbi traditur, quod si filii immodicè læsi sunt fraude parentum, quod actio in factum liberis contra parentes detur, qua restituuntur contra eorum circumscriptionem. Resp. sub distinctione. Aut restitui se petunt liberi ex ea parte edicti, quæ doli nomine datur; & hoc casu propter dolum à parentibus admissum datur liberis actio in factum contra parentes, ne dolus illis sit in lucro. Aut liberi petunt se restitui ratione ætatis: & hæc restitutio non datur contra parentes, quasi in liberorum rebus non sint ritè versati.

Secundo obiicitur. *l. 3. §. ergo. & l. patri 27. §. vlt. ff. de min.* vbi filii minores 25. annis restituuntur in integrum contra parentes, ratione ætatis. Resp. Hoc procedit iure veteri, quod Iustin. abrogauit, per *d. l. ult.* quæ una est ex 50. decisionibus, quæ insertæ sunt Codici post primam eius editionem, cuiusmodi pleræque antiquo iuri derogant. *Duaren. ad. d. l. vlt.*

Tertiò opponitur *l. 2. C. Si adu. rem iud.* Vbi in causa patriæ potestatis filius damnatus restituitur contra patrem. Resp. vt in præcedenti casu, quod derogatur huic legi per *d. l. vlt.* eo quod *d. l. vlt.* inter veteres dubitatum esse de hac quæstione proponat, & Imp. certum & indubitatum ius se definire asserat.

Quartò repugnat assertioni *l. 2. C. Si adu. dona.* vbi filio emancipato cui pater res mobiles donauerat, & deinde res sibi donatas patri in alium transferenti, inconsulta ætatis facilitate consenserat, datur restitutio in integrum. Resp. quòd non detur restitutio contra patrem, sed contra tertium, in quem pater res prius filio donatas trenstulit. Ita notat *Accur. in d. l. 2.* Postremò notandum, quòd ex *No. 155.* vno adhuc casu liberis detur restitutio in integrum contra parentes, quando videlicet mater tutrix est liberorum, & postea transit ad secundas nuptias: tunc enim aduersus eam competit liberis restitutio, si malè sit in tutela versata.

ASSERTIO LXII.

Minor XXV. *annis, ob iuramentum contractui appositum, priuatur restitutione in integrum.*

CESSAT beneficium restitutionis in integrum, si minor contractum iureiurando confirmauit: non enim potest minor quod gessit cum aliquo, retractare, si id iureiurando comprobauit. Ratio est, ne leges perfidiæ, & periurio ansam præbeant. *l. 1. & Auth. seq. C. Si adu. vend.*

Quinque huic enunciato aduersantur. Primo grauiter obstat *l. non dubium. C. de legib.* vbi dicitur, quoties quid lege prohibetur, tunc omne pactum, omnis contractus, omneque iuramentum contra eam legem interpositum; nullius est momenti. Ergo contractus cum minore initus, si ei damnosus sit, iuramento confirmari non potest. Breuiter ita distinguendum est cum *Bart. in d. Auth.* Aut iuramentum interponitur à minore super contractu, qui nullus est iure communi tam inter minores quàm maiores: & hic contractus iureiurando minoris non confirmatur. Vtputa si minor infra dimidium iusti precii rem suam vendidit, & iuratus contraxit, tunc nihilominus restituetur. Ratio est, quia iuramentum efficit, vt minor habeatur pro maiore. At maior hanc venditionem ratione immodicæ læsionis potest rescindere: ergo & minor juratus poterit restitui, nisi specialiter promisit se ratione immoderati precij non contradicturum. Aut iuramentum accessit contractui, qui iure communi nullus est inter minores, valet tamen inter maiores, & tunc si juramento minor contractum confirmauit, restitui nequit. Vtputa si minor prædia sua vendidit sine decreto iudicis, & iureiurando venditionem comprobauit, & hic contractus iureiurando confirmatur, & contra eum minor restitui nequit, quia iuramentum facit eum ex minore maiorem, atqui inter maiores hæc venditio prædiorùm valeret. *tex. est in d. l. 1. C. Si adu. vend.* Ita tradunt *Iaco. de Belui. ad tit. de pace iuram. firm. §. item sacramenta. In vsib. feud. Pinel. ad l. 2. C. de resc. vend. par. 3. c. 2.*

Secundò aduersatur *l. vlt. C. de non nu. pec.* vbi deciditur, quòd si debitor in chirographo confessus est se mutuo accepisse pecuniam, & promisit se illam redditurum, iuramento interueniente, quòd nihilominus debitori competat exceptio non numeratæ pecuniæ. Resp. Ideò ibi competit debitori iurato prædicta exceptio, quia principalis obligatio literarum tacitam illam in se habet conditionem, si creditor pecuniam numerauit: ergo & iuramentum huic contractui appositum sub eadem conditione accipiendum

cipiendum est, quia juramentum intelligitur secundum contractus naturam, cui apponitur *c.veniens. & c. quemadmodum. ex. de iureiur.*

Tertiò opponitur, quòd iuri quod quis ignorat sibi competere, nemo videtur renuntiare. *l.mater 19.ff.de inoff.test.* Sed minor præsumitur ignorare beneficium restitutionis sibi competens, quia ætatis infirmitas ingerit eis ignorantiam iuris. *l.regula.ff.de Iu.& fac.ign.* Ergo propter iusiurandum minor non amittit beneficium restitutionis de quo non cogitauit; quia iuramentum non extenditur ad ea, de quibus non est cogitatum. *l.vlt.ff. Qui satis. cog.* Resp. In hoc casu propter ignorantiam iuris non subuenitur minori, ne legislatores videantur periurii auctores esse, ideoque propter summam iurisiurandi auctoritatem minori iurato contrahenti denegatur restitutio.

Quartò obiicitur *l.si ex falsis. C.de trans.* vbi contra transactionem iuratam quis restituitur. Resp. Propterea transactio iurata ibi rescinditur, quia interuenit dolus aduersarii, qui falsis instrumentis decepit alterum, vt cum eo transigeret.

Postremò repugnat *l.nam posteaquam.§.si minor.ff de iureiu.* vbi minor XXV. annis testituitur aduersus delatum iuramentum. Resp. Istic minor ipse non jurauit, sed detulit alteri iusiurandum; in quo si captus est, ei succurritur, quia ibi non committitur periurium à minore. Ad extremum adversatur *l.1.C.Si adver. vend.* vbi Imp. Alexander dicit ideò contractus minorum esse servandos, ne Imp. auctor sit perfidiæ & periurii. Quod & locum habet in contractibus ipso jure invalidis. Resp. Nullum est periurium, vbi nullum jusiurandum præcessit. At verò quia hic iusiurandum intercessit contra leges, hoc pro nullo & infecto habetur. Ab hac sententia videtur aliquo modo dissentire. *Fachin.lib.3.c contr.c.11.& 14.* vbi statuit posse minorem graviter læsum, in integrum restitui adversus contractum juramento confirmatum, & à iuramento absolvi.

ASSERTIO LXIII.

A sententia arbitri, sine pœna facto compromisso, hodie non appellatur.

QVÆSITVM est ab interpretibus, An eo casu, quo ex sententia arbitri oritur actio & exceptio, hoc est, à laudo arbitri sine pœna & nudo pacto assumti liceat appellare? Cuius quæstionis veritas vt melius elucescat, sciendum est quæ olim sententiæ arbitri, tum quæ hodie sit vis & potestas. Olim nulla fuit virtus & potestas sententiæ arbitri, neque ylla

que vlla dabatur ex ea actio vel exceptio iudicati, qua ad executionem sententiæ victus cogi poterat: neque reo etiam vlla dabatur potestas, supplicandi, appellandi, seu ad arbitrium viri boni reducendi laudum, si nudo pacto esset electus arbiter, neque pœna compromisso erat adiecta. *l. 2. l. diem. §. stari. ff. de arbit. l. 1. l. cum antea. C. eod. in verb.* si pro actore calculus proponeretur, nihil ex eo procedere præsidii. Quòd si pœna adiecta erat compromisso, pœnæ petitio supererat victori, non autem agi poterat, vt sententiæ præcisè staretur. *Auth. decernit. C. eo. d. l. 2.* Si verò per stipulationem erat compromissum initum, sine pœnæ adiectione, tunc sufficiebat actio ex stipulatu ad interesse. *d. l. diem. §. fin.* & sic timore interesse, sicut & metu pœnæ parebatur sententiæ arbitri. Hodie sancitum est constitutione Justin. *in l. cum antea. C. de arbit.* vt si simplici pacto sine pœna initum sit compromissum, atque sententia arbitri ab vtraque parte subscripta & homologata, vel tacitè lapsu decem dierum sit roborata (vtputa quòd neutra partium intera sententiæ contradixerit) tunc ex sententia arbitri & actori in factum actio, & reo exceptio competat, sententiaque executioni mandetur. Hoc ergo casu an liceat appellare à sententia arbitri quæritur? Bartolus nouam tenens opinionem asserit appellari licere, *in d. l. 1.* Sed verior & crebrior est sententia, ex compromisso nudo pacto & sine pœna inito, appellationi locum non esse. *Bald. Salic. & Angel. in d. l. 1.* quos laudat & sequitur *Minsf. cent. 4. Obs. 68. Baro ad l. sed etsi 9. ff. de arbit.* eaque communis est & approbata DD. opinio, *teste Viuio lib. 2. com. opi. litera A.* Ideò autem à sententia arbitri non potest prouocari, quia ante decem dies ad agendum sententia est inefficax, omnisque actio & executio cessat, ideoque frustra ab ea appellatur: post verò appellari non potest, quia tempora interponendæ appellationis iam exierunt. *Auth. hodie. C. de appel. Gl. in d. l. 1. & plenè in l. arbitrio ff. Qui satis. cog. Adde quòd generaliter Imp. in d. l. 1. & ante eum I. C. in l. 32. §. cùm quidam. ff. de arbit.* dicant, à sententia arbitri appellari non posse: quod cum correctum non sit, cur stare prohibeatur, nulla est ratio.

Non obstat assertioni *l. arbitro. ff. Qui satis. cog.* ex qua colligitur, ab arbitri sententia appellari licere. Respondendum enim, quod ibi arbitri iussu iudicis à litigatoribus eliguntur, ideoque ab eorum arbitrio, vti à pedaneorum sententiis rectè appellatur, *l. ex consensu. ff. de appel.* Diuersum est in arbitris compromissariis, qui sine iudice à partibus eliguntur, quorum arbitrio necessariò nō statur, nisi homologetur. *l. 1. l. ne in arbitris. C. de arbit.* Ita est communis opinio contra Bart. *teste Minsf. d. loco.* Illud singulariter notandum, quòd si manifesta est iniquitas in sententia arbitri, tunc decepto exceptio doli datur contra sententiam, quæ impedit laudum executioni mandari etiam post decem dies. *d. §. cùm quidam. VVesem. in parat. de arbit. in fi.*

ASSER-

ASSERTIO LXIV.

Illiterati & iuris imperiti iudices esse non possunt.

MAGNA in iudice requiritur sapientia & eruditio, quia cùm æqui & iniqui sit arbiter, iusti atque iniusti disceptator: certè si hic leges, sacras constitutiones, & consuetudines, iuxta quas iudicare tenetur, ignoret, & aliunde rectè iudicandi formulam emendicare cogatur, gravem profectò iacturam, maximamque labem Reipub. adferet. *§.1. No.82. de iudic.* Vnde nemo probè iudicandi officio fungi potest, qui imperitus est seu expers literarum, seu qui pingere literas, vel legere nescit, hoc est enim literas ignorare. *l.3.§.* item subscribere *ff. de accus.* Confirmat hanc decisionem imprimis, quod legibus salubriter proditum est, ne iudex aliter iudicet, quàm legibus scriptis, & moribus cautum est. *§.1. Inst. de off iud. Auth. iubemus. C. de iudic.* quam iudicandi regulam exequi non potest, qui planè indoctus est, & rudis literarum. Secundò confirmatur hæc sententia ex eo, quòd iudex qui contra leges & constitutiones pronuntiat, litem suam facit, tenetúrque parti læsæ in veram æstimationem litis, si id dolo faciat: vel si per imperitiam, in id quod religioni iudicis æquum & bonum videbitur, *l. filiusfa. ff. de iudic. l. vlt. ff de va. & ext. cog.* Ideóque legum scientiam iudex callere debet. Tertiò hanc decisionem comprobat Imp. Iustinia. in *l. rem non novam 12. C. de iudic.* dum inquit. Cui enim non est cognitum antiquos iudices non aliter iudicialem calculum accepisse, nisi prius sacramentum præstitissent, omnimodò sese cum veritate & legum observatione iudicaturos.

Opponitur *l. certi iuris. C. de iudic.* ex qua l. colligunt DD. illiteratos posse iudices esse, modò causarum peritiam ex diuturna experientia habeant. Resp. Hoc ex ea l. inferri non potest, quæ concedit militaribus hominibus iudicandi facultatem, modò vsum & peritiam rei controversæ habeant. Non enim imperitis, vt vulgò creditur, iudicandi potestas ibi concessa est, quia tex. in *d. l. certi*, repugnat, dum ait, pro sui & legis scientia finem altercationibus imponant. Duo ergò in iudice lex illa expresè requirit, primò vt negotij peritiam habeat, deinde vt pro legis scientia causam dirimat. Quod autem dicitur, quòd iudices periti literarum esse debeant, de iudicibus datis vel pedaneis est accipiendum; non de magistratibus, seu ordinarijs iudicibus. Magistratus enim plerunque erant viri militares legum ignari, & ipsi non iudicabant, sed litigantibus iudices certos dabant. Itaque in magistratibus non requirebatur peritia iuris, quia asses-

ſorum prudentia & conſilio cauſas terminabant. *l.2. ff. Quod quiſ. iur. Coraſ. lib.5. Miſc. c.19.* Pedanei vero ſeu dati iudices periti erant νόμων & πείρας, ſicut & adſeſſores, id eſt habebant cognitionem legum & praxeos, ſeu vſus forenſis notitiam. Itaque hi debent habere ſcientiam legum, non magiſtratus. Vnde & deciſum eſt, quod magiſtratus novum vel iniquum ius ſtatuentes, non teneantur edicto, Quod quiſque iuris, &c. ſed pedanei iudices ſeu adſeſſores, qui peritiam legum & vſus forenſis habere cogebantur, ſi iniquè vel inperitè iudicabant, in præfati edicti pœnam incidebant, quod in arte, cuius ſe peritos profitebantur, delinquerent. *d. l.2. l.1. C. de aſſeſſo. Cuiac. ad No.82. Hotom. in illuſt. quæſt. qu.26.*

Poſtremo non adverſatur huic deciſioni *l. expertes. C. de decur.* vbi dicitur, expertes literarum decurionis officio fungi poſſe, quia decuriones conſilij publici gratia tantùm creabantur, curamque & adminiſtrationem bonorum civitatis habebant, non autem iudicandi munus gerebant, *l. pupillus 239. §. decuriones. de ver. ſign. Coraſ. d. loco.*

ASSERTIO LXV.

Minor annis XXV. *modò ſit exephœbus, hoc eſt, annorum* XVIII. *iudex eſſe poteſt.*

CVm quæritur, an minor xxv. annis iudex eſſe poſſit, diſtinguitur inter magiſtratum ſeu iudicem ordinarium, & iudicem delegatum. Iudex delegatus eſſe poteſt ſi ſit annorum XVIII. Probatur hæc ſententia in *l. quidam 57. ff. de re iud.* Vbi dicitur ſententiam à minore XXV. annis latam valere, ſi annorum XVIII. ſit. Infra eam ætatem iudicare non poteſt, niſi datus ſit iudex à Principe, quo caſu videtur Princeps veniam ætatis concedere, vel defectum ſupplere, vel niſi litigantes in eum conſenſerint. *d. l. quidam.*

Obijcitur primò *l. cum lege. 41. ff. de arbit.* vbi dicitur, lege Iulia cautum eſſe, ne minor XX. annis iudicare cogatur. Reſp. Cogi quidem non poteſt minor XX. annis, vt iudicet, & munus iudicandi, quod aliàs eſt neceſſarium, ei inuito non imponitur. *l. ult. §. iudicandi. ff. de mu. & hon.* poteſt tamen ſi velit, eſſe iudex. Ex eo enim quod dicit lex Iulia eum non cogendum, colligitur eum poſſe iudicare, alioqui lex fruſtra caveret, ne cogeretur, quod omninò facere non poſſet. Govean. *ad l.2. ff. de iuriſd. Duar. ad d.l. quidam.*

Et hæc in delegato iudice obtinent. Ordinarius iudex ſive magiſtratus minor annis XVIII. eſſe poteſt. Ratio aſſignatur in *d. l. quidam:* quia princeps

princeps concedendo ei magiſtratum, omnia ab eo facta valere decrevit.

Secundò opponitur *l. ad Rempub.* 8. *ff. de mun. & hono. & l. non tantum. ff. de decu.* quibus dicitur, minorem xxv. annis decurionem creari non poſſe, & ad Reipub. adminiſtrationem inutiliter adhiberi. Reſp. Decurio eſt ſenator municipij, cuſtos gubernatorque civitatis, & præter ſuffragium quod præbet in conſilio, habet curam adminiſtrationemque bonorum civitatis. Reipub. autem bona adoleſcentibus minoribus 25. annis committi eſt periculoſum, cùm ne proprij quidem patrimonij adminiſtrationi cenſeantur idonei. *l.1. ff. de min.* Illud denique notandum, maiorem ætatem requiri in arbitro compromiſſario, quàm iudice dato: nam arbiter debet eſſe maior xx. annorum. *d. l. cum lege.* vbi dicitur non valere laudum latum ab arbitro minore xx. annis, & ex eo pœnam non committi. Ratio diverſitatis eſt, quia gravius ſubeſt periculum in ſententia arbitri compromiſſarij, quàm iudicis: ſententia enim iudicis multis remedijs poteſt corrigi, puta appellatione, ſupplicatione, & recuſatione; arbitri verò ſententia ſola pœnæ ſolutione poteſt evitari, neque ab arbitri ſententia poteſt appellari. *l.1. C. de recep. arbit.* Igitur maior ætas requiritur in arbitro, compromiſſario, quam iudice delegato ne partes incidant in promtum periculum, propter ignorantiam arbitrorum. *Gl. in c. cum viceſimum, ex. de pot. & off. deleg.* Denique ſciendum, quòd d.l. quidam, non ſit accipienda de arbitris compromiſſarijs, ſed de iudicibus delegatis, conſentientibus litigatoribus à magiſtratu datis. *VVeſem. in parat. C. de arbit.*

ASSERTIO LXVI.

Ordinarius iudex iure civili recuſari non poteſt, licet diverſum in delegato obtineat.

CONTROVERSIA fuit inter Martinum ac Bulgarum de recuſatione iudicis ordinarij. Martinus voluit ordinarium æquè vt delegatum recuſari poſſe. Bulgarus ſtatuit, quòd ordinarius iudex tanquam ſuſpectus recuſari non poſſit, vt videlicet penitus removeatur; ſed tamen alium ſibi adiungi pati cogetur: eaque communis eſt & recepta DD. ſententia. Probatur hæc concluſio apertè ex No. 86. quæ nominatim ſtatuit, præſidem, qui eſt ordinarius magiſtratus, non repudiari vt ſuſpectum, ſed alium ei adiungi, licet Auth. ſi verò C. de iudic. generaliter loquatur: ſed ea *Auth. ex d. No. 86.* mutilatè eſt decerpta. Idem probatur ex *No. de exhib. reis. §. ſed & illud.* vbi dicitur, quòd reus poſſit ſuſpectum iudicem recuſare, vel alium petere ei aſſociari, vt primum quidem ad iudicem dele-

gatum, secundùm *l. apertissimi. C. de iudic.* postremum verò ad Ordinarium referatur. *ex d. No. 86.*

Obijcitur, quòd Prætor potest vnam causam mandare alteri, si iustam causam suspicionis pars adversa alleget; quòd scilicet Prætor in eadem causa advocatus fuerit ante susceptum magistratus officium. *l. prætor. ff. de iurisd.* Vnde videtur ordinarius iudex, qualis est Prætor, recusari posse. Resp. Quòd ibi prohibetur iudicare Ordinarius, non removetur tanquam suspectus, sed quia duo contraria in eandem personam concurrere non possunt, fungi videlicet advocati, & iudicis officio. *l. vlt. C. de assess.* vt rectè explicat *Gl. in d. l. apertissimi.*

Secundò obijcitur *l. nemo. C. de iurisd.* ex qua argumento à contrario sensu desumto, colligitur, quòd ordinariæ sedis cognitio ante litem contestatam, per recusationem iudicis suspecti possit declinari. Resp. argumentum à contrario sensu non valere, quoties existit absurdus intellectus, aut iuri contrarius. Præses Euer. in topic. in loco à contrario sensu. Itaque illa l. accipienda est in alijs fori exceptionibus; puta litis pendentiæ, prorogatæ iurisdictionis, incompetentiæ iudicis, & alijs similibus; quòd scilicet illæ exceptiones fori declinatoriæ ante litem contestatam sint proponendæ.

Tertiò vehementer obstat *Auth. & consequenter. C. de sent. & interlo. om. iud.* vbi simpliciter & generaliter dicitur, quòd reus apud eundem iudicem actorem debet reconvenire, nisi eum ante litem contestatam recuset, quam Auth. in ordinario iudice loqui existimat Zazius. Resp. cum Gl. quòd prima pars Auth. in ordinario procedat, quoad articulum reconuentionis, posterius verò membrum intelligendum in iudice delegato. *ex Auth. offeratur. C. de lit. contest.* ex qua supplendum est, quod deest d. Auth. & consequenter. Vbi dicitur, reo permitti inducias ad deliberandum, vtrum petat alium iudicem associari, an verò repudiet eum, singula singulis referendo. Vt prius, quod dicitur de alio iudice associando, referatur ad iudicem Ordinarium, posteriùs verò, quod de recusando seu repudiando iudice scilicet suspecto additur, hoc referatur ad iudicem delegatum.

ASSER-

ASSERTIO LXVII.

Iudicium de re pendenti aut futura institui non potest.

PROBATVR hæc assertio in *l. non potest 23. & l. non quemadmodum 35. ff. de iudic.* Sic non potest petere actor, quod sibi debetur sub conditione quæ nondum extat, sed adhuc futura speratur. Non enim potest actor intentionem suam fundare ex iure, quod ei post litem contestatam supervenit, ideoque alia interpellatione opus est. *d. l. non potest.*

Obijcitur *l. sin autem 27. §. 1. ff. de rei vend. l. 4. & 41. ff. de pet. her.* vbi in iudicium veniunt etiam ea, quæ reus cœpit possidere post litem contestatam. Resp. Prædicta assertio intelligenda est, quando supervenit ius novum ex parte actoris, post litem contestatam, hoc enim ad impetrandam condemnationem contra reum non proficit: secus si ex parte rei quid evenit, nam hoc sufficit ad condemnationem. Ratio est, quia actor metitur petitionem suam ex iure suo, non ex iure adversarij. *l. 1. §. 1. ff. Si pars her. pet.*

Secundò pugnat *l. si rem. §. ult. cum l. seq. ff. de pig. act.* Vbi debitor qui non soluto debito ineptè pignus à creditore repetierat, pendente iudicio offerendo debitum, confirmat sibi actionem pignoratitiam. Resp. Ibi supervenit ius novum ex causa præterita, id est, ex obligatione pignoris præcedente iudicium.

Vltimò obijcitur *l. in lege 40. ff. Ad l. Aquil.* vbi cùm quidam delevisset chirographum, ex quo pecunia mihi debebatur sub conditione, datur mihi contra delentem actio legis Aquiliæ, & sic actio competit de obligatione futura, antequam conditio sit impleta. Resp. Competit actio legis Aquiliæ ob deletionem præsentem, non autem indistinctè agitur lege Aquilia, sed ita demum, si metus sit, ne testes quibus chirographum probari possit, fortè moriantur, vel longè futuri sint absentes, & ita qui deleuit, interim rectè damnatur, sed tamen exactio debiti differtur in eventum conditionis. Possunt enim testes ante acceptum iudicium etiam ad æternam rei memoriam examinari, si de morte vel absentia eorum probabiliter timetur. c. quoniam frequenter. ex. *Vt lit. non contest. Costal. in d. l. in lege.*

ASSERTIO LXVIII.

Legati non possunt conveniri in loco legationis, ex contractu antea ibi inito.

LEGATI si in loco legationis ante legationem contraxerint, non possunt ibi tempore legationis conveniri; sed privilegium habent revocandi domum, id est, possunt petere, vt causa ad locum, in quo habent domicilium, remittatur. *l.2. §. legatis. & §. seq. ff. de iudic.* Ratio est, ne à legationis officio, quod Reipub. causa suscipitur, privatis negotijs & litibus avocentur, & ita impediatur legatio. Quòd si verò in ipsa legatione contraxerint, hoc privilegium non habent, quia sibi imputare debent, quòd sua sponte sibi hanc obligationem iniunxerint. *l. non alias 24. l. interdum 36. §. fi. l. cùm furiosus 39. §. 1. ff. de iudic.*

Sed in hoc articulo pugnat *l. 8. ff. de iudic. cum l. eum qui. §. Iulianus. ff. de const. pec. In §. Iulianus* dicitur, si legatus in legatione constituit se Romæ soluturum, id quod in provincia debebat, quòd sic obligetur, vt ius revocandi domum amittat.

Contrarium in *d. l. 8.* statuitur, vbi dicitur, quòd si quis constituerit in legatione, quod ante legationem debebat, non cogi eum ibi iudicium pati. Resp. ex communi DD. sententia, quòd in *d. §. Iulianus*, nominatim actum intelligatur inter contrahentes, vt in loco legationis, Romæ puta, solveretur. Idque probant sequentia Vlpiani verba adversativè concepta, dum ait: Sed si non cùm Romæ esset, sed adhuc in provincia, constituit se Romæ soluturum. Quæ verba indicant etiam præcedenti casu actum esse, vt Romæ solveretur. *Costal. ad d. §. Iulianus.* Itaque distinguendi sunt tres casus. Aut legatus Romæ constituit se Romæ soluturum, quod in provincia contraxit; & tunc Romæ conveniri potest. Aut legatus in provincia constituit se Romæ soluturum; & Romæ legationis tempore conveniri non potest, alio tempore potest. Aut Romæ se constituit soluturum simpliciter, non adiecto loco, quod scilicet in provincia contraxit; & tunc Romæ conveniri non potest, quia principaliter Romæ non contraxit, sed in provincia: atqui constitutum semper imitatur causam & originem prioris & veteris contractus. *l. qui id quod. 34. ff. de don. Cuiac. lib. Obs. 13. c. 17.* Comprobat hanc sententiam Nicolaus Genoa *in conciliat. legum pugnantium. conciliat. 29.* vbi me vna cum Cuiacio laudat huius sententiæ & distinctionis auctorem.

ASSER-

ASSERTIO LXIX.

Vbi acceptum est semel iudicium, ibi & finem accipere debet.

VBI acceptum est judicium, id est, vbi lis contestata est, ibi & finem accipere debet. Unde emergente nouo priuilegio post inchoatum judicium, aliò evocari aut deduci negotium, de quo agitur, nequit. *l. vbi. 30. ff. de iudic.* Itaque si quis post litem contestatam factus est alterius fori, vt si fortè sit miles, clericus, vel scholasticus effectus, qui non possunt conueniri nisi in certo foro, non potest prætextu superuenientis priuilegij mutare forum, aut causam à judicio, in quo lis cœpta est, auocare. Imò qui in jus vocatus est, nedum litem contestatus est, obueniente dignitate aut militia non potest mutare forum. Præuentio enim seu inchoatio cognitionis impedit mutationẽ fori. *l. pen. ff. de iurisd. l. si posteaquam. 7. ff. de iudic.*

Quatuor huic sententiæ obstant. Primò *l. qui autem 12. ff. Si qu. caut. iud. sist.* vbi dicitur, quòd qui nouo priuilegio vtitur in lite, non videtur in eadem casu sisti à fideiussoribus. Ergò post cœptum iudicium licet novo priuilegio vti, & per consequens mutare siue declinare forum. Resp. Hæc consequentia non est firma. Potest quis nouo priuilegio vti, vtputa si debitor impetrauit inducias quinquennij à principe. *l. 2. & l. vniuersa. C. de prec. Imp. off.* At judicio semel accepto non licet nouo priuilegio fori vti.

Secundò obijcitur. *l. 3. §. adeò. C. Vbi Senat. vel clariss.* vbi de delictis à Senatoribus commissis, potestas cognoscendi permittitur tantùm sacro cognitori Principis; sed ius definiendi & pronuntiandi soli Principi datur. Hoc jus specialiter conceditur illustribus personis fauore dignitatis, vt licet de eorum delictis alij judices cognoscant, tamen soli Principi vltio & animaduersio in eas personas concedatur.

Tertiò aduersatur *l. solent 6. in princ. ff. de off. procon.* vbi legatus proconsulis cognoscit de criminibus, sed non pronuntiat. Resp. Hoc speciali quoque jure constitutum est, quòd proconsul possit quidem mandare cognitionem criminum legato suo; sed tamen sibi tenetur reseruare pronuntiationem vel animaduersionem. Idque ex ea ratione, quia ea quæ sunt meri imperii, ut est potestas statuendi de criminali negotio, non possunt delegari. *l. nemo potest. de R. I. l. si quid erit. ff. de off. procon.*

Postremò obstat *l. argentarium 45. §. vlt. ff. de iudic.* vbi cœpto judicio in vno loco, tamen ad alium judicem causa transfertur. Resp. Ibi ad alium judicem

judicem recurritur de necessitate pro executione sententiæ facienda, non pro prosecutione eiusdem instantiæ. *Bart.in l.51.§.vlt.ff. de iudic.* Quoties enim condemnatus bona habet in territorio alterius magistratus, quàm qui sententiam dixit, posita, tunc potest judex qui eum condemnauit, per literas requisitorias petere à judice loci, in quo reus habet bona sita, vt sententiam in ijs bonis exequatur: quod iudex iste per literas requisitus facere tenetur. *l.à.D.Pio.15.§.1 ff.de re iudic.l.properandum.§.sin autem reus. C.de iudic.*

ASSERTIO LXX.

In bonæ fidei iudicijs, qui debet sub conditione vel in diem, ad præstandam cautionem ante diem vel conditionem cogi potest ex iusta causa.

PROBAT hanc assertionem apertus & expressus *tex. in l. in omnibus 41. ff.de iudic.* Sententia l. hæc est. Ante diem vel conditionem res debita peti non potest, verùm plerunque rectè petitur cautio de debito præstando, cùm dies venerit, vel conditio extiterit Etsi petatur ea cautio, ex iusta causa fit condemnatio. Justæ autem causæ sunt, si debitor de fuga sit suspectus, si labatur facultatibus: tunc enim ante diem obligationis, creditor ad interponendam cautionem agere potest. Hæc autem decisio tantùm obtinet in bonæ fidei iudiciis, sive sint generalia, vt est petitio hereditatis, actio, pro socio, negotiorum gestorum; sive specialia, vt est actio mandati, commodati, depositi *l.pro socio 38.ff. Pro soc.l.quod si in diem 16.ff.de pet.her.* Videtur etiam huic decisioni locus esse in actionibus arbitrariis, nam in iis ferè tantum potest clausula arbitrii, quantum in iudiciis bonæ fidei, clausula bonæ fidei. *l. quæsitum 14. ff.de pign.* In strictis iudiciis huic decisioni non est locus, in quibus ante diem debitæ pecuniæ non rectè petitur cautio, nisi cum bonorum petitur separatio. *l.4.ff.de separ.tex.*est notabilis in *l.quoties.§.si semel.ff.de pecul. Cuiac.lib.17.c.37.*

Obiicitur *l.2 in princ.ff.de hær.vel act. vend.* vbi dicitur, quod venditor hereditatis non tenetur emtori satisdare de euictione. Respondet Cuiacius, quòd in bonæ fidei iudiciis tenetur quidem debitor cauere, sed non satisdare, id est, tenetur simpliciter repromittere, sed non cogitur satisdare datis fideiussoribus. Verùm hæc responsio non satis firma videtur: nam si hoc esset verum, tunc modicum effectum haberet prædicta decisio, quia tantam cautionem haberet creditor postea, quantam habuit prius. Verius itaque

taque & rectius respondet. *Bart. ad d.l.in omnibus*, quòd etiam satisdare cogatur debitor in bonæ fidei iudiciis pro futuro debito, sed ita demum, si subsit iusta causa, vtputa si debitor labatur facultatibus, vel sit suspectus de fuga vel dilapidatione. *l. si creditores. §. plane ff. de priu. cred.* Hoc est quod dicit *d.l.* in omnibus. ex iusta causa. Si vero nulla subsit iusta causa, tunc satisdare non compellitur. Ita intelligenda est *d.l.2.* Quod tamen ita intelligendum est, si iusta illa causa supervenerit post contractum de novo. Aliud est, si eadem causa suberat tempore contractus, quia tunc non potest peti cautio de novo. *l. si ab arbitro. ff. Qui satis. cog.*

Secundò obstat huic conclusioni *l.1. §. 1. ff. de Vsur.* vbi negatur in bonæ fidei iudicijs ante diem præstari cautionem futuri debiti. Nam ait lex iudicem post condemnationem non posse exigere cautionem ob vsuras futuri temporis, id est, ob rei iudicatæ vsuras. Sciendum est, sententiam inhibere cursum vsurarum, etiamsi debitum fuerit vsurarium. Vsuræ currunt in diem vsque sententiæ: lata sententia sistuntur: post tempus ad iudicatum faciendum à lege concessum rursum currunt. Verùm post tempus iudicati faciendi iudex de ijs præstandis non exigit cautionem. *d. l. 1. vers. nec tamen iudex.* Breviter dicendum, iudicem in ea specie perfunctum esse suo officio: nam condemnavit reum in sortem & vsuras vsque ad diem sententiæ: post condemnationem desinit esse iudex. Ergo nihil ad eum pertinet ratio vsurarum futuri temporis post condemnationem: itaque earum nomine cautionem non exigit.

Neque ei legi quicquam obstat *l. 1. C. de sent. quæ sine cer. quant.* vbi dicitur, iudicem rectè pronuntiare, vt vsuræ pendantur, quoad pecunia condemnationis fuerit soluta. Ergo potest pronuntiare de vsuris futuri temporis. Breviter dicendum, iudicem in ea l. fuisse addictum actioni iudicati. Ergo non loquitur de primo iudice, sed de iudice actionis iudicati: hîc ita pronunciavit, Quousque iudicato satisfeceris, vsuras pendito: quæ sententia valet.

ASSERTIO LXXI.

Inter patrem & filiumfam. lis nulla consistere potest.

INTER patrem & filium in potestate constitutum nullæ actiones moveri possunt, nisi ex castrensi peculio vel quasi: nam in his peculijs filiusfam. pro emancipato habetur. tex. sunt in *l.4. ff. de iudic. l. actiones 7. ff. de O. & A.* Ratio est, quia pater & filius idem videtur esse homo, atqui secum nemo ipse litigare potest. Inter patrem verò & filium emancipatum iudicium & lis consistere potest: sed si filius provocat partem ad iudicium,

debet petere veniam à Prætore. Edictum enim Prætoris de in ius vocando pertinet ad filium emancipatum, qui venia à Prætore impetrata, potest movere litem patri. Filius qui est in potestate, omninò non potest litigare cum patre. *l. adoptivum ff. de in ius voc.* vbi dicitur, filium qui est in potestate, magis iure patriæ potestatis quàm edicto Prætoris prohiberi in ius vocare patrem.

Contra hanc thesin sic argumentor. Causa in integrum restitutionis est lis: nam vocare in iudicium adversarium oportet, *l. si intra C. de rest. in int.* Appellatur actio in *l etiamsi 29. §. vlt. ff. de min.* Lis actio est. At filiusfam. restituitur in integrum adversus patrem minoris ætatis causa, ergo litigat cum patre. *l. 3. §. ergo etiam. ff. de min.* Species facti. Pater cùm dotem dat filiæ, incontinenti rectè stipulatur sibi reddi, ex interuallo non rectè, nisi consentiente filia. At si filia minor consenserit imprudenter, restituitur adversus patrem. Ergo lis est inter patrem & filiam. Breviter dicendum, id fieri extra ordinem. Restitutio in integrum est extraordinaria, nec propria actio. Est cognitio prætoria: denique est extraordinaria. Præterea in ea specie filiafam. litigat ex causa dotis, quæ eius est propria effecta. *l. pater 14. ff. ad l. Falc. l. 4 ff. de coll. bon.* Hodie tamen ex constitutione Iustin. filiæ circumscriptæ ratione ætatis, non datur restitutio in integrum adversus patrem. *l. vlt. C. Qui & adu. qu.* Addendum, filium etiam certis casibus extra ordinem agere cum patre. Sic filiusfam. cogit patrem extraordinario remedio, vt se emancipet. *l. si cui legatum 92. ff. de cond. & dem.* Extra ordinem cogit filius patrem, vt se alat, *l. si quis à liberis. ff. de agn. & alen. lib.* Summa hæc est: Iure ordinario nulla lis est inter patrem & filiumfam. extra ordinem verò sæpè lis est. Adhæc notandus est adhuc singularis casus, quo lis est inter patrem & filiumfa. quando scilicet pater invito filio detinet eius uxorem, tum enim datur filiofa. interdictum vel actio de uxore exhibenda & abducenda contra patrem. *l. 2. ff de liber. exhib. l. vlt. C. eod. l. si invita x1. C. de nupt.* Quod & iure Cano. similiter obtinet. per c. non est vobis 11. ex. de sponsal. vbi dicitur, quod per censuram ecclesiasticam pater compellitur filio suo restituere uxorem, quam iniustè detinet.

Postremò opponitur *l. pactum 4. C. de pact. conven. sup. dot.* ubi statuitur, si mater cum patre suo pacto dotali convenit, vt si intra matrimonium decessisset, dos sibi restitueretur, & verborum obligatio intercessit, petitionem exequi non prohiberis. maximè (inquit textus) si adhuc vinculis patriæ potestatis non adstringeris. Sed dictio maximè implicat. *l. frustra. C. de re milit. lib. x11.* Ergo etiamsi filius adstringeretur vinculis patriæ potestatis, petitionem exequi non prohiberetur. Resp. Hoc specialiter introductum est favore dotis. arg. *l. 1. ff. Sol. matr.*

ASSER-

ASSERTIO LXXII.

Executor ſententiæ, de viribus eius cognoſcere & pronuntiare non poteſt.

MAGISTRATVS vel iudex addictus actioni iudicati, cognoſcit tantùm, an pronuntiatum ſit, an prætor debitorem condemnaverit: non, an rectè condemnaverit. *l.6. & pen. C. de exec. rei iud.* Alioqui ſi ei Prætoris ſententiam retractare liceret, luſoria eſſent decreta & ſententiæ Prætorum: quod admitti non debet. *l. vlt. ff. Ne qu. in lo. pub.* *l. ſi Prætor 75. ff. de iudic. c. paſtoralis 27. §.* quia verò, ex. de off. & pot. deleg. Et hoc eſt quod vulgò apud Gallos in praxi dicitur. *Sergent n'a coignoſſance de cauſe.*

Obſtat primò huic deciſioni *l. à D. Pio. §. 1. & §. ſi rerum. ff. de re iud.* vbi iudex datus ad exequendam ſententiam, cognoſcit & pronuntiat de rebus & controverſijs, quæ in executionem veniunt. Reſp. ſub distinctione Bartoli in *d. §. 1.* Quædam ſunt exceptiones, quæ reſpiciunt merita principalis cauſæ, & de illis iudex executor cognoſcere non poteſt, ſed negotium remittere debet ad priorem iudicem. *l. pen. ff. de confeſ.* Aut exceptiones pertinent ad eas res, in quibus fieri debet executio, & de his executor cognoſcit & iudicat. *d. §.* ſi rerum.

Secundò pugnat *l. ſi prætor. §. Marcellus. ff. de iudic.* Vbi traditur, quòd ſi ex falſis allegationibus per dolum actor ſententiam conſecutus eſt, hoc caſu iudex ad executionem datus cognoſcit, non tantùm an iudicatum ſit, ſed etiam an ex falſis probationibus ſit iudicatum. Quod ſi ita eſſe compererit, pronunciabit, ex falſis argumentis ſententiam non eſſe iure latam. *l. 4. C. Si con. ius vel util.* Reſp. Sententia lata ex falſis allegationibus contra abſentem, eſt ipſo iure nulla, arg. *l. 1. C. Si tut. vel cur. fal.* alleg. Si verò contra præſentem eſt lata, tunc ope reſtitutionis in integrum eſt reſcindenda. *l. Divus. ff. de re iud.* Ideòque cùm talis ſententia ſit inutilis & nulla, vel ſaltem per in integrum reſtitutionem retractanda, iudex eam executioni non mandabit, ſed exceptionem falſi admittet. *Bart. in d. l. ſi prætor.*

Tertiò adverſatur *d. l. ſi prætor. verſ.* Paulus notat, vbi dicitur; ſi quis condemnatus ſit tanquam contumax, qui neceſſarias & iuſtas habuit abſentiæ cauſas, veluti adverſam valetudinem, aut maioris rei occupationem. *l. contumacia. §. pen. ff. de re iud. l. pen. C. Quom. & qu. iud.* tunc iudex addictus executioni iudicati non debet ſententiam exequi, ſed allegationes, quòd ex iuſta cauſa abſens fuerit iniquè condemnatus, audiet. Reſp. Ibi abſens

aliquis tanquam contumax condemnatus erat, qui tamen non fuerat verè contumax, ſed ex probabili cauſa iudicio abfuerat. ideoque eo caſu prætor reum abſentem propter deſertionem litis non ritè condemnatum ad defenſionem cauſæ reſtituere debet, *l.4. C. de procur. l. ait Prætor. §. ult. ff. de min. Cuiac. lib. Obſ.25.c.38. Vide latius de hac quæſt. Menoch. in arbitrar. iud. lib.1. quæſt. 38.*

ASSERTIO LXXIII.

Debitor in loco contractus conveniri poteſt, ibique ſe defendere debet.

ACTOR ſequi debet forum rei, non verò reus forum actoris. *l.2. C. de iuriſd.* Tribus autem locis reus forum ſortitur in cauſis civilibus. Primò ratione domicilij. Ibi enim principaliter & indubitatè conveniendus eſt debitor, vbi habet domicilium, rerumque ac fortunarum ſuarum ſummam conſtituit, vbi aſſiduè moratur. *l.2. C. Vbi Sen. vel clariſſ. l. cives. C. de incol. lib.10.* Secundò ibi forum competens habet reus, vbi res eſt ſita, de qua agitur. *l. ult. C. Vbi in rem act.* Tertiò forum ſortitur reus ratione contractus, vel quaſi, vt in eo loco conveniri poſſit, vbi contraxit, licet ibi domicilium non habeat. *l. heres. 19. §.1. l.36. ult. l. argentarium 45. ff. de iudic.* Ita demum tamen reus in loco contractus poteſt conveniri, ſi ibi inveniatur. *d. l. heres. in princ.* quia in contractibus remiſſio locum non habet. *c. Romana. §. contrahentes. de for. comp. in 6.* Creditori tamen ſic contra abſentem eſt proviſum, vt ſi quæ bona debitor habeat in loco contractus, in eorum bonorum poſſeſſionem Prætor mittat creditorem, eaque debiti ſervandi cauſa eum iubeat poſſidere. *d. l. heres. §.1.*

Opponitur *l.1. C. de nundin.* Vbi conſtituitur, quòd negotiatores tempore nundinarum non conveniantur de contractibus ibi habitis, neque eorum merces ob debita detineantur. Reſp. Hoc eſt ſingulare privilegium nundinarum, quod Impp. ijs locis & civitatibus indulſerunt, quæ habent ius exercendi nundinas. Hoc tamen ita intelligendum eſt, vt venientes ad nundinas non poſſint ibi de debitis alio tempore, quàm in nundinis contractis conveniri & arreſtari. Cæterùm de debitis in nundinis contractis poſſunt ibidem iudicio conveniri. Nam niſi hoc ita eſſet, poſſent infinitæ fraudes committi, quibus nemo obuiare poſſet. Poſſent enim peregrini mercatores ex longinquis regionibus ad nundinas confluere, multàſque ibi merces comparare, & tandem nulla facta ſolutione ſe ſubducere. Quo facto vel ſolutionem eluderent, vel magnis ſumtibus

& peri-

& periculis creditorem in exigendo debito onerarent. Ita notatur in addit. *ad Marant. dist. 9. iudic. num. 96.*

Secundò adversatur *l. exigere 65. ff. de iudic.* vbi traditur, quòd mulier soluto matrimonio non possit repetere dotem in loco contractus matrimonij vel promissionis dotis, sed in loco domicilij mariti teneatur exigere dotem. Hîc negatur posse mulierem convenire virum, vel eius heredes in loco contractus: vbi scilicet matrimonium est contractum, vel dos promissa: nam & dotis promissio appellatur contractus, in *l. contractus 23. ff. de R.I.* Resp. Elegans ratio adfertur à I C. *in d. l. 65.* cur mulier dotem in loco contractus matrimonij vel dotis non repetat, quia per eum contractum mulier migrat in alium locum, id est, talis est contractus, vt ex eo statim mulier migret in alium locum, & fiat mutatio fori. Igitur non locus contractus spectatur, sed ille in quem fit migratio. Hac ratione non aget mulier vbi est contractum matrimonium, sed aget in eo loco, in quem ex matrimonio migravit: migrat autem per matrimonium mulier in domicilium mariti, idque retinet, quoad alteri nupta sit. *l. filij. §. 1. l. ea quæ desponsa est. ff. ad Munic.*

Ex qua sententia *d. l. exigere*, colliguntur duæ pulchræ decisiones. Prima est, quòd in lucranda dote, attendetur consuetudo loci ipsius viri. Itaque si in loco domicilij mariti statutum disponat, quòd uxore decedente sine liberis, maritus lucretur certam partem dotis, sed in loco domicilij uxoris, vbi est celebratus contractus dotis, alia est consuetudo, attendetur statutum loci, in quo maritus habet domicilium. *Ita tradit Afflic. decis. Neap. 226. Sneidew. ad Inst. de succes. int. vi. & vx. num. 4.* Secunda, In bonis acquisitis constante matrimonio, sequimur consuetudinem loci, vbi domicilium habet maritus, non verò loci, vbi bona ex contractu matrimoniali sunt quæsita. Itaque si degant maritus & vxor Lugduni in Gallia, (vbi ius commune scriptum servatur, quòd scilicet bona acquisita constante matrimonio ad maritum pertineant, nisi mulier demonstret vnde habuerit. *l. Quintus 51. ff. de don. int. vi. & vx. l. etiam 6. C. eo.*) & comparaverit maritus constante matrimonio prædium Lutetiæ, vbi consuetudo est, quòd bona acquisita inter coniuges communicentur, mortuo marito vxor non habebit partem in acquisito prædio Lutetiæ, sed in solidum ad mariti heredes pertinebit, quia in lucris nuptialibus attenditur locus domicilij mariti, non locus contractus. Ita in curia Parisiensi iudicatum esse notat *Costal. ad d. l. exigere.*

ASSERTIO LXXIV.

Naturalis rei interitus post moram contingens, pertinet ad debitorem, nisi res eodem modo apud creditorem peritura fuisset.

SI res fatali casu peremta est, veluti si jumentum mortuum, aut fundus chasmate absumtus sit, quæsitum, cujus esset periculum ? Dissidium fuit in hac quæstione inter Proculianos & Sabinianos. Distinguebant Proculiani, vt si res non erat interitura apud actorem, teneretur reus de interitu: hoc est, si actor, qui venalitiarius, aut negotiator erat, equum aut speciem acceptam statim distraxisset, & pretium lucratus fuisset, tunc reus interitum rei sustineat, & æstimationem speciei peremtæ præstet. *l. cùm res 47. §. vlt. de leg. 1. l. illud 40. ff. de pe. her. l. si plures. §. illud. ff. depo.* Si verò peritura æquè res fuisset apud actorem, vt si non distracturus erat rem peritam, absoluendus est debitor, & naturalis interitus pertinebit ad actorem. Sabiniani sine vlla distinctione præcisè absoluendum volebant debitorem; moti potissimum hac ratione, quòd fata sint omnibus æqua, & euitari à nullo debitore possint. Ideoque cùm res fato & naturali interitu perijsset, licet mora nulla interuenerit, nihil est, quod debitori imputari possit. In hoc articulo controuerso retinenda est distinctio Proculianorum, tanquam verissima, quæ multis legibus inculcatur: *l. item si 15. §. vlt. ff. de rei vend. l. de eo § si post. ff. ad exhib.* Hæc verò distinctio obtinet tantùm in malæ fidei possessore, & bonæ fidei possessore improbè litigante. Cæterùm bonæ fidei possessor, qui iustam habet litigandi causam, absoluitur à naturali rei interitu, quia non dicitur facere moram. *d. l. 15. §. fi. & l. seq. d. l. illud.* quia non debet propter mortalitatis periculum temerè ius suum indefensum relinquere, id est, bonæ fidei possessor, quia ius suum defendit, & ad litigandum venit sincero animo, dum existimat se bonam causam habere, non debet hoc ei damnum adferre. *Cuiac. ad Afric. ad l. si seruus 108. §. si seruus de leg. 1. & in l. 23. de V. O.*

Contra hanc decisionem adfertur. *l. si filio 25. §. si post. ff. sol. ma.* Ait lex, si post moram in reddenda dote res dotales perierunt, maritum omnimodò æstimationem præstiturum. Resp. cum Cuiacio. Lex vult indistinctè maritum præstare naturalem interitum rei, non habita distinctione, an culpa vel casu fortuito res perierit; & sic omnimodo sine distinctione culpæ vel casus fortuiti, maritus post moram tenetur ad rei dotalis extinctæ æstima-

æstimationem: attamen non excluditur ista distinctio, an res apud actorem fuisset perinde peritura nec ne, de ista distinctione ibi non agitur.

Ab hac distinctione excipiuntur fures, prædones, & qui metum intulerunt; qui re extincta post moram indistinctè tenentur de interitu, siue res apud actorem æquè peritura fuisset, siue non. Ratio est, quia hi non tantùm in simplici mora, sed etiam in delicto versantur, & ex ipso tempore delicti, plusquam frustratores impii debitores existunt. *l. item si. §. quatenus. ff. Quod me. caus. l. meritò 19. ff. de vi & vi ar. l. vlt. ff. de cond. furt.* Latius & plenius de hac quæstione differentes consule. *Hotoman. in illust. quæst. quæst. 28. & Fachin. lib. 2. controuer. cap. 71. & lib. 8. cap. 101.*

ASSERTIO LXXV.

Rei vendicatio datur contra eum, qui possidet vel detinet rem nostram.

DATVR actio rei vendicationis regulariter contra eum qui possidet, hoc est, rem & animo & corpore habet, per se vel alium, *l. 3. §. quòd si seruus, & §. saltus. ff. de acq. poss. l. 3. §. vlt. ff. ad exhib.* Præterea & contra eum datur, qui nudam habet & corporalem rei detentionem. Hinc potest dominus quoque à depositario, commodatario, colono vel inquilino rem suam vendicare. *l. 2. ff. Commod. l. officium 9. ff. de rei vend.*

Verùm opponitur quòd dominus idemque possessor agere, & rem suam vendicare non potest ab eo qui non possidet: quia repugnat regula tradita in *§. æquè. Inst. de act.* quæ habet, quod in controuersiis rerum corporalium non agit is quis possidet *Concord. l. 1. §. pen. ff. Vti poss.* Atqui dominus est possessor, non commodatarius, depositarius, vel colonus. *l. rei 8. ff. Commo. l. licet 17. §. rei. ff. depos. l. non solet 39. ff. loca.* Ergo non debet contra hos detentatores domino dari rei vendicatio.

Resp. Non est absurdum domino dari rei vendicationem aduersus quoscunque occupatores rei suæ. Debet enim libera esse ac latè diffusa rei vendicatio, vt constet ac firma maneat politica distinctio dominiorum. Nec obstat *d. §. æquè.* Nam & possessori, & præterea detinenti rem corporalem non est prodita actio in rem. Sed si alius eam detineat, publica utilitas exigit eam actionem non denegari.

ASSER-

ASSERTIO LXXVI.

Publiciana actio potest cum rei vendicatione in eodem libello coniungi.

QVÆSTIO anceps & grauis est inter DD. An possit actor in eodem libello cumulare rei vendicationem cum Publiciana. Et quidem prima facie non videbatur posse has actiones simul proponi: quia Publiciana datur non domino, rei autem vendicatio competit vero domino. *l. si ab eo 18. ff. de pign.* quæ videntur inter se contrarietatem quandam habere. Sed verior est sententia, quòd possit utraque actio simul intentari, valeatque libellus, quo actor petit declarari fundum ad se pertinere jure dominij, vel quasi. vt probatur in *c. abbate. de re iud. in 6.* Et consuetudo recipit istam petendi formulam ex optimis rationibus, traditis ab *Oldend. cl. 3. act. 3. in aff. remed.*

Sed obijcitur huic sententiæ, quòd contrariæ actiones simul non admittuntur, per vulgatam *l. 1. C. de furt. l. vnic. C. Si ser. ext. se emi. mand. l. nemo ex his. §. quoties ff. de R. I.* Atqui videntur contrariæ esse actiones, rei vendicatio, & Publiciana, quia rei vendicatio datur vero domino, Publiciana verò ei competit, qui rem aliquam à non domino comparauit, & nondum vsucepit. *l. 1. ff. de Publ act.* Resp. Publiciana & rei vendicatio non sunt actiones contrariæ, sed potiùs inter se sunt adfines, & altera alterius supplemento perficitur. Sicut enim quasi dominium non est contrarium dominio, sed tam affine directo dominio, vt aliquando dominij loco penè sit, *l. bonæ fidei 48. ff. de acq. re. do.* ita etiam iudicare oportet in duabus hisce actionibus affinitatem esse coniunctissimam, non verò contrarietatem; cùm rei vendicatio competat pro dominio, Publiciana verò pro quasi dominio vendicando. Et certè multum vtile est domino cum rei vendicatione coniungere Publicianam, quia difficillima est probatio dominij, cujus probatio necessaria est quidem in rei vendicatione, sed in Publiciana sufficit probare titulum, bonam fidem & possessionem. *l. cùm res 12. C. de prob.*

Secundò obijcitur, quod libellus incertus vel alternatiuus non valet, sed reijci potest ab aduersario: Nam actor certam actionis speciem edere debet in libello, vt cognoscere reus possit vtrum cedere an contendere debeat, *l. 1. ff. de eden. l. 3. C. eod.* Atqui qui proponit rei vendicationem & Publicianam simul, alternatiuum & incertum libellum offert. Ergo talis pe-

itio non est admittenda. Resp. Quoties actor ex facto aduersarii vel alieno, incertus est de iure suo, tunc quia nihil ei potest imputari, admittitur libellus alternatiuus. *l. 1. §. quia autem. ff. Quod legat.* Hanc sententiam, quòd rei vendicatio cum Publiciana cumulari possit, & quòd in praxi ita eruetur, testatur *Oldend. d. loco.* Quæ fuit sententia subtilium Vltramontanorum, in quam etiam inclinant *Iason & Zazius in §. sed istæ. Inst. de action.* Dissentiunt ab hac opinione *Faber. ad d. § sed istæ. nu. 8. Dynus nu. 20. Harprecht. nu. 15. Vulte. nu. 11. 12. & 20.*

ASSERTIO LXXVII.

Arbor alluuione in agrum alienum translata, eius fit, cuius fundo adhæret.

QVOD per alluuionem ex agro vnius flumen adijcit fundo alterius, id alteri acquiritur. Quod adeò verum est, vt si longiori tempore adhæsit portio agri fundo vicini, arboresque quas secum traxerit, bi radices egerunt, vicini fundo ex eo tempore per alluuionem acquisitæ censentur. Traduntur hæc expresse in *§. per alluuionem. Inst. de re. diui.* Ratio est, quia quod radices in solo agit, solo cedit, veluti pars eius. *§. si Titius. Inst. eod.*

Obijcitur *l. 5. §. pen. ff. de rei vend.* quæ vtilem in rem actionem priori domino concedit, cuins arbor in alieno solo radices egit Resp. Textus ille accipiendus est, quando arbor translata est facto hominis, vt tunc detur priori domino arboris vtilis in rem actio, ad æstimationem arboris. Si verò per alluuionem translata sit arbor, pristinus dominus non habet actionem ad vendicandũ dominiũ arboris, quod amisit per alluuionem. Ratio est, quia flumina funguntur vice censitorũ, & ex publico priuatũ efficiunt, & vnius privati prædium alteri attribuunt per naturalẽ fluminis cursum, sic vulgo dicitur, *Die Waterstroomen konnen gelijck die Richters nemmen ende geven.* Additio ad *Gl. in d. §.* Per alluuionem. *per l. hoc amplius 9. §. Alpheaus. ff. de dam. inf.* Alii hoc modo respondent, quod priori domino arboris non detur vtilis actio ad ipsam rem seu arborem vindicandam, sed ad æstimationem arboris, ad instar eius, quando per ferruminationem aliquid alienæ materiæ iunctum est, puta si pes aut brachium alienæ statuæ per ferraminationem iunctum est. *l. in rem 23. §. item quæcunque ff. de Rei vend.* Arbor enim in alieno agro plantata eius fundi, domino cedit, in cuius solo radices egit. *l. adeo 7. §. vlt. & l. sed si ex meis 26. §. vlt. ff. de acq. re do. Ita tradit Accurs. ad d. l. 5. §. pen. ff. de rei vend.*

ASSERTIO LXXVIII.

Ad emphyteusin necessaria est scriptura.

SENTENTIA hæc probatur in *l. 1 C. de iu. emph.* in qua Imp. ablatiuis absolutè positis vtitur, pactionibus interueniente scriptura habitis, quorum ea est natura, ut conditionem importent, *l. à testatore 109. ff. de cond. & dem l. acceptis 93. ad l. Falc.* conditio autem præcisè & in forma specifica impleri debet. *l. qui heredi 44. l Mæuius 55 ff. de cond. & dem.* Secundò hoc manifesta ratio suadet: quippe cùm emphyteusis plerunque perpetuò, & in tempus memoriam hominum excedens concipiatur, hominum autem memoria sit labilis, facileque testes mori possint; certè si testes sufficerent, facilè possent perfidi emphyteutæ, eorúmve heredes possessionem intervertere, domino inficiari ius suum, & eum dominio rei suæ iniustè priuare, asserendo rem ad se pleno iure pertinere. Ideoque litteris fidelissimis rerum custodibus hic contractus committendus est. *Coras. ad d l. 1.* vbi notanter hanc conclusionem ita limitat, quòd instrumento emphyteutico amisso, possit eius tenor & series testibus probari. *l. vlt. C. de iu. emph. c. cum olim. ex de priuil.* Sic enim in simili de actis iudicialibus responsum est, quòd licet scripto consignari debeant, *l. vlt. C. de re iud. c. quoniam. ex. de proba* tamen amissa scriptura per testes probari possunt. *Lanfran. in d. c. quoniam.* Hinc rectè glossator *in c. 1. de censib.* nullius momenti tradit esse emphyteusin, nisi scriptis mandetur, eaque sententia communi interpretum consensu probata est. *Olden. clas. 5. de act. emphyt. Salic. & Ias. in d. l. 1.*

Contrariam sententiam adstruit *gl. in d. l. 1.* vbi hanc opinionem vltimo loco refert, cui Bart. & Jason adstipulantur, & nouissimè *Connan. lib. 7. Com. c. 12. VVesem. in para. Si. ag. vect. pe.* Quam opinionem consuetudine firmari scribit. *Bart. in d. l. 1. Spec. in §. nunc aliqua. num. 5. de emphyt.* Itaque in hac opinionum varietate spectandum imprimis, quid consuetudine receptum sit: optima enim legum interpres est consuetudo. Quòd si de consuetudine certò non constet, est enim consuetudo facti. *c. 1. de constit. in 6* ideoque non præsumitur, nisi probetur. *l. 4. ff. de cust. & exhi. reo.* tutius erit iuri scripto, & communi opinioni adhærere. *Clar. in tract. de emphyt. quæst. 4.*

Obiicitur, quòd præscriptione emphyteusis acquiri potest, *arg. l. vlt. C. de fund. patrim. lib. x 1. l. comperit. 6. C. de præsc. 30. an.* ergò non semper scriptura perficitur, quia ad præscriptionem non est necessaria scriptura. Resp. Quando præscriptione emphyteusis acquiritur, præsumit ius omnia ritè & solenniter esse acta, & scripturam quoque interpositam esse. *arg. l. sciendum.*

*[...]lum.ff.de V.O. Specu.ad tit.de loca.§.nunc aliqua.num.*81.*&*169: vbi probat per [a]ntiquam præstationem naſci coniecturam, quòd omnia videantur ſo[l]enniter & legitimè præceſſiſſe. *per l. cùm de in rem verſo ff. de Vſur. & §. vlt. [I]nſt. de fideiuſ.*

ASSERTIO LXXIX.

Emphyteuſis eſt contractus iuris gentium, non ciuilis.

CONTRACTVS emphyteuticus iuri gentium, non ciuili adſcribi debet: quia non ſolùm apud Romanos, verùm alias quoque gentes ante conſtitutionem Zenonis, emphyteuſis vſu recepta fuit. *Sic Aristot. ſcribit lib. 2. Oecon. Byzantios*, cùm exhauſto ærario pecuniis indigerent, [f]undos publicos certa mercede locaſſe, fertiles ad tempus, ſteriles in per[p]etuum. Confirmatur hoc ſecundò, quòd contractus emphyteuticus af[f]inis & germanus eſt locationi, imò & emphyteuſis perpetua locatio dici[t]ur. *l.1 §.1.ff. Si ag. vect. pe. §. adeo. Inſt. l. ca.* ergo eodem iure cenſeri debet. Ter[t]iò probatur à definitione iuris gentium. Quicquid enim eius eſt naturæ, [v]t inuentum omnes gentes approbent, eoque vtantur, iuris gentium eſſe [d]icitur: *l. 1. l. omnes. ff. de iuſt. & iu.* Atqui emphyteuſis vbi primùm cognita [f]uit, tacito populi conſenſu, omniumque gentium vſu recepta & appro[b]ata eſt, vnde ad ius gentium meritò referenda eſt. Confirmatur hoc [e]xemplo emtionis: emtio ſiquidem belli Troiani temporibus fuit inco[g]nita, cùm exercitus Græcorum, pecunia nondum percuſſa, ære, ferro, pe[c]oribuſque permutatis, vinum comparabat. Quod probatur Homeri te[s]timonio *in l. 1. ff. de con. emp.* Nummo autem reperto, cùm nemo eſſet qui [n]on eo vteretur ad emtionem expediendam, hinc iuri gentium meritò [e]mptio eſt adſcripta. Non enim vt vulgò DD. ſtatuunt, ius gentium di[ſ]tinguendum eſt à ciuili, temporis ordine & progreſſu, ſed potius ex I C. [r]egula, à ratione naturali, & hominum uſu, à quibus ita deſcribitur: Ius [g]entium eſt, quod naturali ratione introductum, & vſu omnium populo[r]um receptum eſt. *§. ius autem ciuile. Inſt. tit. 2. Connan. lib 1. Com. c. 5 & 6.*

Non obſtat prædictæ concluſioni, quod Zenonis lex propriam attri[b]uit emphyteuſi naturam; quia Zeno Imp. non inſtituit nouam ſpeciem [c]ontractus, ſed incertum & confuſum genus conuentionis, ab iis contra[c]tibus, quibus cum conuenire videbatur, diſtinxit. *d. §. adeò Coraſ. ad tit. de iu. [e]mph. in prælud. & lib. 1. Miſcel. c. 21. Cuiac. in parat. C. h. t. Diſſentiunt Alcia. ad l. credi[t]ores nu. 3. de V. S. VVeſemb. in parat. ff. Si ag. vect. pet. nu. 3. Vulteius ad. §. adeò. nu. 6. Inſt. Loca.*

ASSERTIO LXXX.

Emphyteusis inconsulto domino directo donari & legari potest.

ACris & vehemens est inter DD. disputatio, an emphyteuta possit ius emphyteuticum, vel meliorationes suas irrequisito domino domino donare vel legare? & verior est sententia, quod possit. *per l.1.C. de fund.patr.lib.* XI. vbi statuitur, quod emphyteuta Reipub. possit fundum emphyteuticum inconsulto domino donare: ergo idem in priuata emphyteusi statuendum. Eandem sententiam comprobat manifestè. *l.in conuentionibus* 219 *.de V.S.* vbi dicitur, ius emphyteuticum legari posse. Eandem sententiam confirmat *l.si domus* 71 *§.pen. & vlt. de leg.*1. vbi traditur emphyteusin posse legari, atqui legatum est donationis species. *l. legatum* 36. *de leg.* 2. *§.*1. *Instit. eod.tit.*

Obiicitur, quod emphyteuta prohibetur ius suum vendere sine directi domini voluntate *l.vlt.C.de iu.emph.* Resp. Longè diuersa est venditionis & donationis causa: vendentis enim non interest, cui vendat, modo pretium consequatur. Si igitur tantum pecuniæ offerat dominus, quantum extraneus, merito præferendus est emtori. Atqui in donatione habetur ratio benemeritorum & officiorum, quæ remunerari æquum est: at eadem merita non cadunt in dominum, quæ in donatarium. quia amicis ut plurimum legare & darare solemus. *l.9.ff.Si quid in fraud. patro.l.noc adiecit* 13. *ff. Pro socio.* Igitnr non tenetur emphyteuta, nullis beneficiis à domino prouocatus & ornatus, ei potius donare, quam alii amico benè merito. Ne autem dominus directus iure suo priuetur, cui contra donatarium seu nouum emphyteutam nulla competit personalis actio, utpote cum quo non contraxit, debet donatarius ab ipso domino requirere, vt eum inuestiat, & in rei emphyteuticæ possessionem mittat: quia non potest propria auctoritate nouus emphyteuta possionem ingredi: & sic ei contra nouum emphyteutam satis erit prospectum ex noua conuentione: debetque donatarius, idemque nouus emphyteuta, in præmium inuestitutæ, domino quinquagesimam partem æstimationis rei emphyteuticæ, laudemiæ loco persoluere. *l.vlt.& ibi Coras.num.*9. *C. de iu.emph.* Hæc est Azonis, Accur. & communis interpretum sententia, *in d.l.vlt.* quam ibi Jason refert viginti trium DD. auctoritate consignatam esse; vnde omninò sequenda videtur; tametsi Irnerius, Cynus, Bartolus & plerique alii contrariam defendant. *Quam etiam eleganter confirmat. Fornerius lib.*2. *selection. c.vlt.*

Oppo-

Opponitur secundò, quod ait Vlpianus: Cui ius est donandi, eidem endendi & concedendi ius est. *l. cui ius. 163. de R.I.* Vnde colligi posse debatur, emphyteutam sicut inconsulto domino donare potest, ita uoque vendere posse. Resp. Ista regula non procedit, vbi alia est venendi, alia donandi ratio. vt hîc. Sic & decurio prohibetur prædia sua endere sine decreto iudicis, potest tamen ea donare. *l. vlt. C. de præd. decu. b. 10.* facilius enim homines inducuntur ad vendendum, quàm donanum, propter commoditatem pretij.

Tertiò non refragatur prædictæ conclusioni *l. vniversas. C. Ne rei domin. el temp.* vbi statuitur, quòd ecclesiæ vel Reipub. bona emphyteutica nullo titulo oneroso vel lucrativo alienari possunt. Respondendum enim, uòd emphyteuta potest ius suum donare, modò citra fraudem, & cum ac protestatione donet, quòd velit ius Reipub. atque Ecclesiæ per hoc alvum atque intemeratum manere. *d. l. 1. C. de fund. patr. Bald. in l. vlt. C. e iu. emph. Dissentit Fachin. lib. 3. contro. c. 97.* qui adstruere conatur emphyeutam ius suum emphyteuticum non requisito consensu domini alienare non posse, sed argumento valde levi & frivolo.

ASSERTIO LXXXI.

Acquiritur emphyteusis præscriptione XXX. *annorum in prædijs privatis, in fundis verò civitatis vel ecclesiæ* XL. *annis.*

SI quis XL. annis rem immobilem civitatis, fisci, vel ecclesiæ, rem verò privati XXX. annis, vt emphyteuta possedit, certumque reditum annuum pro ea prosoluit, acquirit emphyteusin, licet nunquam ei concessa fuerit. *arg. l. vlt. C. de fun. patr. lib. 11. l. omnes. C. de præs. 30. an. C. 1. § si quis per 30. annos. Si de feu. def. conten. sit int. do. & agn. lib. 2. feud. Bart. in l. comperit, per illum tex. C. de præs 30. an.* Etsi enim naturalem tantùm possessionem habet emphyteuta, quemadmodum fructuarius. *l. naturaliter 12. ff. de acq. possessio* autem sola naturalis ad præscribendum efficax non est. *l. acquiruntur 10. § fin. ff. de acq. re. do.* ipsum tamen ius emphyteuticum tam civiliter quàm naturaliter possidet: vt mirum non sit, vtile saltem dominium per eum præscriptione acquiri.

Objicitur *l. cùm sponsus 12. § in vectigalibus. ff. de Publ. act.* vbi dicitur, vectigalia prædia vsucapi non posse. Resp. Vectigales fundi olim ferè à civitatibus elocari solebant. *l. 1. ff. Si ag. vect.* Itaque quod dicitur ibi de prædijs vectigalibus, id de agris civitatum aut fisci intelligendum videtur, qui

longo tempore non vſucapiuntur. *l. vſucapionem. ff. de vſuca.* longiſſimo tamen tempore præſcribuntur. *d.l.omnes.*

Secundò obijcitur *l. ſi finita. §. ſi de vectigalibus. ff. de dam. inf.* vbi dicitur, etiam in civitatibus longum tempus ad præſcribendum fundi vectigalis dominium ſufficere. Reſp. Non contra civitatem iſtic, ſed fundus vectigalis à civitate acceptus contra privatum vſucapitur. *Bald. in d. §. ſi de vectigalibus.* Vel ſi admittatur, quòd contra civitatem ſeu municipium iſtic præſcriptio procedat, dicendum quòd hoc iure Digeſtorum obtineat, quo XXX. annorum præſcriptio adhuc erat incognita: ergo iure novo Codicis XXX. annorum præſcriptione opus erit hoc caſu.

ASSERTIO LXXXII.

Dominus non poteſt ob non ſolutum canonem, emphyteutam propria auctoritate expellere ex fundo emphyteutico.

QVÆSTIONIS eſt controverſæ, an ſi emphyteuſis cecidit in commiſſum ob non ſolutum triennio canonem, ipſo iure, an per ſententiam emphyteuta privetur iure ſuo. Et crebrius receptum eſt emphyteutam ipſo iure privari emphyteuſi, non expectata iudicis ſententia, propterea quòd lex domino facultatem tribuit repellendi, non quidem ſimpliciter, ſed præciſis diſtinctionibus vtens, omninò & omnimodò. *l. 2. C. de iu. emph.* quarum dictionum ea vis eſt, vt inducant aliquid ipſo iure fieri. *Accur. in l. 1. §. ſi pecunia. in verb. omninò. ff. de poſ. Ita tenent Bald. Salic. & Coraſ. in d. l. 2.* Contraria tamen ſententia æquior & probabilior eſt, quòd ſcilicet requiratur decretum iudicis, ſeu ſententia declaratoria, vt emphyteuta cadat ab emphyteuſi: nam & in eodem caſu, ſcilicet ob non ſolutum canonem, pronuntiatum eſſe à iudice, fundum emphyteuticum ad dominum redijſſe, probatur in *l. lex vectigali. ff. de pign. Ita quoque decidit Menoch. rem. 1. recup. poſſ. num. 78. & 79.* Planè ſive dicamus emphyteutam ipſo iure, ſive per ſententiam privari iure ſuo, ſemper tamen ſtatuendum eſt, ad expellendum eum iudicis auctoritate & miniſterio opus eſſe. Non enim ſingulis concedendum eſt, quod publicè per magiſtratum fieri debet. *l. non eſt ſingulis. de R. I. fa. l. ſed ſi cuius 13. §. ſed ſi inter duos. ff. de vſufr. l. dotis 9. C. ſol. ma.*

Obijcitur *l. 2. C. de iu. emph.* quæ lex domino poteſtatem facit repellendi emphyteutam. Reſp. Verbum repellendi ad iuris intellectum referri debet. Itaque non ſignificat ibi corporalem deiectionem, ſed legitimam expulſio-

expulsionem, quæ non fit de facto, sed per iuris remedia & competentes actiones. *l. extat. ff. Quod met. caus.*

Secundò obijcitur *l. pen. C. de pig. act. & l. qui ratiario 30. ff. eo.* vbi dicitur creditorem posse propria auctoritate ex pacto auferre pignus à debitore. Si hoc licet ex conventione: multò magis legis auctoritate permittendum, quæ dat domino potestatem expellendi emphyteutam, quæ expulsio in proprio facto consistit, sicut & ereptio. *l. pen. ff. Ne quis eum qui in ius voc. &c.* Resp. Creditor potest propria auctoritate ex pacto pignus auferre, si debitor non resistat, aliàs non. *l. 3. C. de pign.* vbi id notat *Azo contra Iohannem*, quem communiter DD. sequuntur. Itaque licet debitor creditori concessit facultatem propria auctoritate pignus occupandi, tamen si debitor facto vel verbis resistat, non rectè occupabit possessionem, nisi interveniente auctoritate iudicis.

Tertiò obijcitur tale argumentum: Qui habet civilem possessionem, potest naturalem possessionem ingredi ab alio occupatam. *l. clam. §. qui ad nundinas. ff. de acq. poss.* Sed dominus rem emphyteuticam possidet civiliter. *Gl. in l. 3. §. ex contrario ff. de acq. poss.* Ergo licet illi emphyteutam propria auctoritate expellere. Resp. Ille demum qui naturalem possessionem iniustè occupavit, expelli potest, sicut loquitur *d. §. qui ad nundinas.* Sed quia emphyteuta voluntate domini naturaliter possidet, & iustum initium habet suæ possessionis, ideò à domino non potest propria auctoritate expelli. Approbat hanc decisionem *Fachin. lib. 1. contro. iur. c. 95.*

ASSERTIO LXXXIII.

Dominus si post cessationem triennij pensiones accipiat ab emphyteuta, aut si pœnam stipulatus sit, ni pensiones soluat, potest emphyteutam nihilominus expellere.

PROBATVR prima pars thesis *per Auth. qui rem. C. de sacr. eccl. & §. si quis verò. No 120.* vbi traditur, si emphyteuta ecclesiæ biennio non soluat canonem, potest à domino expelli, & præterea ad pensionem totius temporis præteriti solvendam tenetur. Posterior pars probatur ea ratione, quia pœna adiecta est, vt aliquid ad obligationem accederet, itaque per hanc pœnam à beneficio eiectionis, quod iure communi competit, non censetur recessum. Cùm enim aliquid obligationi accidit, per hoc non est ab ea obligatione recessum. *l. 4. §. si ex conventione. ff. de re iud.* Priorem sententiam comprobat *Coras. ad l. 2. C. de iu. emph. num. 32.* posteriorem verò tuetur *Specul. ad tit. de emphyt. quæst. 35. & Donel. lib. 9. Com. c. 15.*

Obijcitur *l. post diem. ff. de l.commis.* vbi qui fundum vendidit sub legē commissoria, hoc est, nisi ad Calendas proximas pretium soluatur, fundus sit inemtus, si venditor petat pretium post diem legi commissoriæ præstitutum, & deinde velit vti iure commissi, non auditur; quia non licet simul & pretium & pœnam petere. *l. vlt. ff. De eo quod cer. lo.* Ideò non licet ibi agere ad pœnam commissi, & simul pretium petere, quia actor secum pugnat: nam petendo pretium, ratam facit venditionem: agendo ad pœnam commissi, impugnat venditionem. Quod diversum est in emphyteusi. Itaque rectè petet pensiones iam debitas, & simul aget ad pœnam commissi, beneficio à Lege sibi concesso. Pensio enim debetur pro vsu temporis præteriti ex conventione, & ius expellendi conceditur illi à lege, ob cessationem emphyteutæ.

Secundò obijcitur *l. 4. §. Labeo. ff. de dol. exc. l. ita stipulatus 115. de V.O. l. rescriptum 11. §. 1. de pact.* vbi dicitur non posse simul pœnam exigi, & rem propter quam pœna promissa est. Resp. Id obtinet, quando pœna per se non stat, sed venit accessoriè ad principalem obligationem Tunc enim peremta principali obligatione sortis, tollitur quoque accessoria obligatio pœnæ, vsurarum, & id quod interest. *l. qui per collusionem. §. vlt. ff. de act. emp. l. 4. C. depo.* Pœna verò deiectionis ab emphyteusi non est accessoria, sed æquè principaliter petitur.

Tertiò obstat *l. vectigalia. §. vlt. ff. de publ. & vect.* vbi dicitur, si conductor vectigalium, non exoluat pensiones, potest expelli à iure vectigalis, vel ad vsuras pensionis conveniri. Ergo vtrunque non rectè petitur, scilicet vt emphyteuta expellatur ab emphyteusi, & præterea soluat annuum canonem. Resp. Ibi de duplici pœna tractatur, expulsionis nempe, & vsurarum pensionis non solutæ, quarum altera dominus debet esse contentus, ne duplici pœna conductor afficiatur: hîc autem pœna stipulatione promissa loco principalis debiti, seu annuæ pensionis petitur.

ASSERTIO LXXXIV.

Interitus totius rei emphyteuticæ spectat ad dominum, particularis verò ad emphyteutam, neque ob sterilitatem fit remissio canonis.

HÆC assertio stabilitur *in l. 1. C. de iu. emph.* vbi Zeno statuit totius rei emphyteuticæ interitum spectare ad dominum, partis verò ad emphyteutam. Ex quo sequitur, propter sterilitatem fructuum, vel hostium incursum & deprædationem non fieri remissionem canonis, sed

quòd

quòd ſterilitas fructuum cedat damno emphyteutæ, quia ſterilitas fructuum multum differt à totali rei interitu.

Obijcitur *l. ex conducto. §. Papinianus. ff. Loca.* vbi dicitur ob ſterilitatem fructuum remiſſionem mercedis fieri in fundo vectigali. Reſp. Hoc intelligendum eſt in ſimplicibus conductoribus publicorum fundorum, qui nihil à cæterarum rerum conductoribus differunt, non in emphyteuticis colonis.

Obſtat etiam *l. 2. C. de allu. l. forma. 4. §. 1. ff. de cenſib.* vbi dicitur, quòd cenſus & tributa iuxta augmentum & diminutionem rei creſcant & decreſcant. Reſp. Hoc fit diverſa ratione, quia non in recognitionem dominij, ſed pro modo agrorum, & ſecundum cuiuſque facultates tributa indicuntur. *l. cùm poſſeſſor 5. ff. de cenſib. l. 2. C. de anno. & tribu. lib. x.* Poteſt & ita reſponderi, quod illa lex loquatur de augmento rei, quando ſcilicet ager alluvione accreſcit, tunc penſio, quæ ſolvitur pro modo agrorum vel iugerum, quoque augeri debet. Diverſum eſt, ſi fructus agri diminuantur vel creſcant, propterea enim non debet canon emphyteuticarius augeri, vel minui. *Pulchrè Pinellus ad l. 2. C. de reſc. vend. parte 1. cap. 3. num. 34.*

Tertiò obijcitur, quòd etiam rei interitus pro parte contingens domini periculo eveniat. *per l. vlt. §. fi. ff. de pig. act.* Reſp. Penſio præſtatur propter rem ipſam, quo videlicet dominium eius emphyteuta recognoſcat à domino: ergò re prorſus extincta, peremta quoque penſio dicetur, velut cauſam non habens, qua nitatur. Atqui quamdiu ſupereſt res licet minima, durat quoque cauſa præſtandæ penſionis. *l. ſi cui inſulæ. 53. ff. de vſufr. l. 3. C. de fund. patr. lib. xi.*

ASSERTIO LXXXV.

Emphyteuſis inter plures emphyteutas inconſulto domino poteſt dividi.

PROBATVR hæc aſſertio *per l. 10. ff. Fa. erciſ.* vbi dicitur, actionem familiæ erciſcundæ locum habere inter plures heredes emphyteutæ, ad hoc, vt prædium emphyteuticum commune dividatur. Confirmatur etiam *per l. voluntas. C. de fideicom.* vbi traditur, quòd licet pater prohibuit, ne liberi prædium extra familiam alienarent, tamen eius prædij partem frater poteſt ſorori donare, & proinde prædium, quod prohibitum eſt alienari, dividi poteſt. Denique hæc ſententia comprobatur ex eo, quòd vaſallus feudum dividere poteſt, nec per diviſionem cadit in

commissum, nisi esset ducatus, comitatus aut marchionatus. *c. imperialem. §. præterea. de probi. feud. alie. per Fred.*

Obijcitur *l. 7. ff. Com. diu.* vbi dicitur, si inter plures emphyteutas fundus emphyteuticus sit communis, iudex abstinebit à divisione: ne diviso fundo præstatio canonis confundatur, id est, ne certus & perpetuus canon, qui quotannis integrè domino solet præstari, per partes recipiatur, cùm præstatio partium magna habeat incommoda. *l. 3. ff. Fam. ercis.* Resp. cum Costal. *ad d. l. 10.* Quando plures heredes emphyteutæ prædium emphyteuticum habent commune, tunc hoc prædium in actionem familiæ erciscundæ quidem veniet, quia tota hereditas petitur dividi: sed iudex non poterit prædium certis regionibus dividere, id est, non poterit certis limitibus & finibus agrum emphyteuticum distinguere, ita vt quisque partem suam habeat, sed vni ex heredibus adiudicabit totum agrum emphyteuticum, cæteris condemnatione facta in precio. Idque ideò receptum est, ne domino vectigalis prædij fiat fraus & iniuria, qui initio cum vno emphyteuta contraxit, solidumque canonem quotannis percepit: cuius conditio fieret deterior, si divisione facta, à pluribus particulatim accipere cogeretur annuum canonem. Hanc sententiam probant *Accur. in d. l. 7. Bart. in l. qui Romæ. §. duo fratres. ff. de V. O. vbi notat Alex. in addit. quòd ista sit communis opinio DD.*

ASSERTIO LXXXVI.

Vsusfructus non dominij pars est, sed servitus est.

TRADITVR hæc assertio expressis verbis *in l. rectè dicimus 25. ff. de V. S.* vbi dicitur etiam eum fundum totum nostrum esse, cuius vsusfructus alienus est, quia vsusfructus non dominij pars, sed servitus est. Propriè enim vsusfructus non est pars fundi, sed ius & servitus. *l. & per iusiurandum, §. illud. ff. de accept. l. si à Reo. 70. §. si reo. ff. de fideius.* Servitus est qualitas fundi. Qualitates & accidentia, non sunt substantiæ partes. Itaque nec vsusfructus est pars substantialis dominij, vel fundi.

Sed obijcitur *l. qui vsumfructum 58. ff. de V. O.* vbi dicitur, eum qui vsumfructum fundi stipulatur, deinde fundum similem esse ei, qui prius partem, deinde totum stipulatur. Respondetur, quòd Iulianus non dicit eundem esse, sed similem esse, quia revera vsusfructus fundi pars non est, fundus enim corporalis res est, vsusfructus incorporalis. Sed ideò hîc similis est, quia qualitas hæc, vsusfructus scilicet, omnia fundi emolumenta continet, ideoque partis instar est.

Secundò

Secundò obijcitur *l.4.ff. de vsufr.* vbi apertè traditur, vsumfructum partem dominij esse, sed additur hoc in multis casibus obtinere. Nam hoc verum est, si vsusfructus cum suo dominio sit coniunctus, tunc enim qui dominus est proprietatis, idem etiam vsusfructus dominus est, quia plenam habet proprietatem. Itaque quoties pactis vel testamento agitur, vt dominium fundi in aliquem transferatur, tunc nisi nominatim vsusfructus exceptus est, etiam fundi & dominij appellatione vsusfructus contineri intelligitur. Vnde cùm vni legatur fundus, & alteri vsusfructus, ambo concurrunt in vsufructu fundi. *l. si alij 19. ff. de vsufr. leg.* Hinc etiam fundo legato, cuius vsusfructus erat alienus, heres non liberatur nisi & vsumfructum legatario dederit. *l. Mævius 66. §. pen. l. cùm filius 76. §. dominus. de leg. 2.* Ibi additur elegans ratio, videlicet quod etsi vsusfructus in iure, non in parte consistat, tamen emolumenrum rei continet, item quod fructus portionis instar obtinet. Sic denique qui promisit fundum, etiam vsumfructum tanquam dominij partem præstare tenetur. d.l. qui vsumfructum. & reo obligato in fundum, fideiussor in vsumfructum rectè accedit. *d. §. & reo.* Vide latius de hac quæstione *Donel. lib. 9. Com. c. 9. & lib. 10. c. 2. Cuiac. ad l. si vnus 27. §. item si pactus. ff. de pact. & ad l. 58. de V.O.*

ASSERTIO LXXXVII.

Fructibus annuis fundi legatis, vsusfructus legatus censetur.

QVÆRITVR. an si quis annuos reditus vel fructus fundi leget, vsumfructum legasse censeatur? Et verius est, vsumfructum fundi his verbis constitutum censeri. tex. est *in l. si quis 20. ff. de vsufr.* Idem traditur *in l. cùm ita 41. ff. de vsufr. leg.*

Sed obstant duo responsa IC torum. Imprimis *l. fundi 38. ff. de vsufr. leg.* Ibi deciditur, hac formula legati; Vxori meæ quoad vivat, fundi reditus dari volo: non censeri relictum vsumfructum, sed heres ipse percipiet fructus, eósque redactos singulis annis, suo ministerio dabit legatario. Resp. sub distinctione. Aut testator dixit, Fructus seu reditus fundi illius do lego; & hoc casu vsusfructus censetur legatus, quia testator facit fructuario plenam potestatem propria auctoritate fructus percipiendi. Hæc potestas faciendi, & sumendi ex alieno, invito domino, servitutem & vsumfructum constituit. *l. quoties 15. in fi. ff. de servit.* Aut testator ita dixit, fructus illius fundi ab herede illi dari volo; & hoc casu non censetur vsusfructus legatus, quia non potest legatarius in fundo habitare, & proprio arbitrio

percipere fructus, quod proprium & peculiare est vsusfructus *l.7.ff.de vsufr.* sed ex manibus heredis eos percipere & consequi debet.

Secundò adversatur *l. defuncta 58. §.1. ff. de vsufr.* vbi testator ita scripsit, Sempronio do lego ex redactu seu reditu fructuum, quos habeo in illo agro, partem sextam. Respondet Scævola, non vsumfructum, sed ex eo quod redactum esset, partem sextam legatam, nempe quam præstet hæres, non quam legatarius iure vsusfructus percipiat. *Resp.* Aliud est legare annuos fructus seu reditus, quo casu vsusfructus legatus censetur, quia servitus est, vt ante dixi: facit enim testator legatario fructuum sumendorum & percipiendorum facultatem. Aliud est legare ex redactu seu reditu fructuum partem aliquam. Hoc enim casu non censetur potestas redigendorum fructuum collata legatario, sed ipse heres prius percipiet & rediget fructus, deinde partem ipsorum præstabit legatario. Et ita tot capitula inter se adversantia rectè conciliantur. *Donel. lib.16. Com. c.5. Costal. ad d. l. si quis 20.*

ASSERTIO LXXXVIII.

Fructus sine vsu esse non potest.

QVÆSTIO hæc, an fructus possit sine vsu constitui, dubia & controversa fuit inter ipsos ICtos. Nam *in l. si alij 42. ff. de vsufr. & in l. per servum 14. § 1. ff. de vsu & hab.* statuitur fructum sine vsu esse non posse. Contrarium *in l.5. §.1. ff. Vsufr. quem. cau.* asseritur, vbi deciditur fructum sine vsu obtingere posse. Hæc antinomia potest hac distinctione conciliari. Aut vsus accipitur pro vniversa vtendi facultate & commoditate, & talis vsus non potest ab vsufructu distingui, seu separari. Aut vsus accipitur pro separata specie servitutis, quæ est ius vtendi rebus alienis ad necessitatem tantùm, & totam rei commoditatem non absorbet, & hic vsus potest ab vsufructu separari. Fructuarius igitur cui fructus sine vsu legatus est, vsum habere non desinit, sed tamen illud tantùm habebit, quod plus est in vsu alterius, hoc est, deducto vsu alterius. *Costal. ad d. l. si alij.* Vide aliter hanc legum pugnam conciliatam apud *Alciat. lib.2. Parerg. c.3.* Item aliter adhuc has leges conciliatas habes apud *Cuiat. lib. Obs.8. cap.9. Gilbertum Regium lib.1.* ἐναντιοφανῶν. *c.11.*

ASSER-

ASSERTIO LXXXIX.

Testator non potest vsufructuario remittere cautionem fructuariam earum rerum quæ vsu consumuntur, in præiudicium heredis.

NE vsufructuarius rem in vsumfructum datam perdat, aut corrumpat, cogitur cavere domino proprietatis, se vsurum fruiturum boni viri arbitrio, & finito vsufructu restituturum quod inde extabit. *l. 1. & 7. ff. Vsufr. quem. cau.* Adeò autem præcisè tenetur vsufructuarius hanc cautionem præstare, vt non possit testator, qui legavit alicui omnium suorum bonorum vsumfructum, hanc cautionem remittere legatario, in præiudicium heredis. *tex. est in l. 1. & 4. C. de vsufr.*

Sed huic assertioni opponitur *l. scire. & l. 2. C. Vt in poss. lega.* vbi traditur, quòd cautio, quam heres legatorum nomine, quæ sub conditione vel in diem relicta sunt præstare tenetur, testamento remitti potest. Ergo & eodem iure hæc cautio fructuario remitti potest, quia vtraque pertinet ad rem privatam, & ius defuncti. Resp. Propter duplicem causam fructuaria cautio à testatore remitti non potest, tum quia amoto cautionis metu invitatur fructuarius ad delinquendum, puta ad abutendum re fructuaria, & pro libidine in ea grassandum, tum quia introducta est in favorem heredis. Sed cautio legatorum nomine introducta est in favorem testatoris, ideoque testamento remitti potest. Adde quòd facilius abutuntur fructuarij, re in vsumfructum relicta, quàm heredes: legatis sub conditione relictis, quia heredes sperant legata sub conditione relicta, deficiente conditione apud se remansura.

Verùm adhuc instatur contra hanc solutionem, quòd testator potest prohibere Falcidiam, quæ tamen in favorem heredis est inuenta. *Auth. sed cùm testator. C. Ad L. Falcid.* Resp. Falcidia potius favore ipsius testatoris est introducta, ne decedat sine herede: quod fieret, si heredi non concederetur aliquod commodum, propter quod hereditatem adiret. Denique sciendum, quòd licet testator non possit cautionem fructuariam remittere, heredem tamen posse huiusmodi cautionem remittere. *arg. l. potest. 71. ff. ad. L. Falc.* quia est favore heredis introducta, quilibet autem potest favori pro se introducto renunciare. *l. pen. C. de pact.* Ita decidit *Accur. in l. 1. C. de vsufr. refragante Bartolo.* Approbat hanc sententiam *Fachinæus lib. 8. contro. Iur. c. 42. & 43.* Vide latius de hac quæstione *Donel. lib. 10. comment. c. 4.* Postremò obijcitur *l. 6. §. non autem & l. ult. §. sin autem æs alienum. C. de bon. quæ lib.* vbi in vsufructu bonornm adventiorũ filijfam. remittitur patri, vsu fructuario

cautio fructuaria. Resp. Ea cautio remittitur non à filio, sed à lege. Deinde ratio etiá singularis subest, quare patri à lege cautio remittatur, quia nempe id mereatur reverentia patri debita, itemque amor & pietas parentum in liberos, quæ non patiuntur quicquam mali & sinistri de parente suspicari aut metuere. *d. § sin autem æs alienum.* Et hæc sententia, quod vsufructuarius teneatur ad præstandam cautionem, licet eam testator, in testamento remisit, iudicando approbata est in curia provinciali Hollandiæ referente Peregrino à loo Senatore, Ita relatũ extat in decision. curiæ Holl. decis 20.

ASSERTIO XC.

Vsufructuarius ius vendicandarum seruitutum habet.

IN hac quæstione, An vsufructuario competat actio confessoria pro vendicandis seruitutibus fundo fructuario debitis, parum sibi videntur constare ICti. Nam *in l. 1. §. item Iuliano. ff. de remis.* traditur, fructuario jus esse vindicandarum seruitutum. Contrarium in *l. 1. in princ. & l. vti frui. §. vtrum ff. Si vsufr. pet.* disertè scribitur. vbi ait I.C. Vlpianus fructuarium seruitutem fundo fructuario debitam vindicare non posse, sed eum vsumfructum vindicaturum. Accursius dupliciter hanc antinomiam dissoluit: primò, ut directam actionem confessoriam pro seruitute vsufructuarius non intendat. *d. l. 1. & d. §. vtrum.* vtilem verò proponere possit. *d. l. 1. ff. de remis.* Secundò, vindicationem seruitutis fructuario principaliter non competere, secus in consequentiam, vendicando scilicet vsumfructum, qua vendicatione consequetur, vt vicinus pati debeat eum seruitutibus vti. Multa enim principaliter prohibentur, quæ in consequentiam conceduntur. *l. 1 ff. de auct. tuto.*

Rectius *Coras. in l. ei qui. ff. de seruit.* existimat fructuarium suo nomine seruitutem vendicare non posse. *d. l. 1. & d. l. vti frui.* at nomine domini jus vendicationis habere. *d. § item Iuliano.* Quam sententiam comprobat, quod *in d. §.* item Juliano, subijcitur, quòd nouum opus vicino fructuarius nunciare poterit. Quod alibi Vlpian. exponit, si procuratorio nomine domini nuntiet fructuarius nouum opus: nam suo nomine non potest. *l. 1. §. fin. ff. de no. op. nun.* Quoniam igitur fructuarius jus duntaxat habet in vsufructu, ratione cuius tantummodò agere poterit, nequit & seruitutem vendicare. Nam cùm vsusfructus seruitus sit, si seruitutem præterea peteret, seruitutis diceret esse seruitutem, quæ petitio admittenda non est. *l. 1 ff. de vsu. & vsufr. lega.* Vide latius & plenius de hac quæstione disserentem. *Vulteium libro disceptationum scholasticarum. c. 18. Rober. lib. 2. recept. iur. civ. lect. c. 12. Fachin. lib. 8. contro. iur. cap. 50. Zuarez lib. 1, obser. c. 20. Iul. Pacium* ἐναντιοφανῶν *centur. 7. q. 19.*

ASSER-

ASSERTIO XCI.

Vsufructuarius vsumfructum alienare non potest.

QVOD vsufructuarius non possit vsumfructum alienare, vendere vel gratis concedere, probatur apertè *per tex in §. finitur. Inst. de vsufr. & l. si vsusfructus 66. ff. de iu. dot. & l. vsufructu. 9. C. de vsuf.*

Sed contraria sententia, quòd liberè vsusfructus alienari possit, plurium probatur. *per l. arboribus 12. §. vsufructuarius, & l. cui vsusfructus 67. ff. de vsufr.* vbi dicitur, vsufructuarium vel ipsum frui ea re, vel locare, vel vendere, vel alij fruendam concedere posse. Resp. Hæ leges sunt ita conciliandæ, quod vsufructuarius commoditatem percipiendorum fructuum alteri quidem vendere, locare, aut donare possit, sed ipsum ius vsusfructus alienare non potest. Itaque in primo vsufructario jus vsusfructus manebit, commoditas autem percipiendorum fructuum ad emtorem, conductorem aut donatarium transibit. Quamdiu ergo viuit prior vsufructuarius, qui vsumfructum alienauit, durabit hæc commoditas apud accipientem, illo vero mortuo finietur: quia resoluto iure dantis, resoluitur ius accipientis, *l. Lex. vectigali. ff. de pign.* Hæc sententia expressè confirmatur à Pomponio *in d. l. si vsusfructus. ff. de Iu. dot.* vbi dicitur, quod maritus, qui vsumfructum à domino ptoprietatis in dotem accepit, hoc modo mulieri post diuortium reddet vsumfructum, vt vel locet, vel vendat hunc mulieri vno nummo, vt ipsum jus vsusfructus maneat penes maritum, perceptio verò fructuum ad mulierem pertineat. Idem apertè traditur *in l. necessariò. § fin. ff. de peri. & com. rei vend.* Approbat hanc conciliationem. *Anton. Gomez. 2. Var. resolut. c. 15. nu. 17. Franciscus Sarmient. 3. select. c. 9. nu. 2. Francis. Hotom. ad. § 1. Inst. de vsu & habit.*

Quæritur autem, an si vendidit vel cessit vsufructuarius extraneo, ipsum ius vsusfructus, amittat vsumfructum. Quod videbatur prima facie dicendum *ex d. l. si vsusfructus, ff. de iur. dot.* ubi dicitur, cessione vsusfructus extraneo facta nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reuerti vsumfructum. Verùm hoc ita accipiendum est, vt tùm demum ad proprietarium redeat vsusfructus, si legitimo modo sit extinctus. Iniquum enim esset, cùm nullum delictum, nulla vis insit in cessione, eo facto quempiam ius suum amittere. *c. non præstat. de R. I. in 6. l. ea quidem. C. Si manc. ita ser. alie.* Præterea iniquum esset dominum proprietatis locupletari cum alterius scilicet fructuarij jactura ex alieno facto. *l. 206. de reg. iur.* Quam interpretationem comprobat & *d. l. si vsusfructus*, vbi I.C. ait, ius ipsum manere

nere penes ipsum maritum fructuarium. *Ita not. rectè VVesem. in parat. ad tit. Qu.mo. vsusfr.am. Gipha ad §. finitur. Inst. de vsufr.*

ASSERTIO XCII.

Omnes seruitutes longi temporis præscriptione acquiruntur, remota distinctione DD. inter continuas & discontinuas.

QVOD ad præscriptionem seruitutum attinet, distinguunt DD. inter continuam & discontinuam. Seruitus continua est, quæ facto & industria hominis opus non habet, sed semel constituta semper durat: cuiusmodi est ius tigni immittendi, item altius ædificandi, vel stillicidii recipiendi. *l. foramen. ff. de seru. vrb. præd.* Hæ seruitutes longo vsu & diuturna quasi possessione præscribuntur, decem annis inter præsentes, viginti inter absentes. *l. 2. C. de seruit. l. si quis diuturno ff. Si ser. vend.* Discontinuæ sunt, quæ non habent causam continuam, sed quarum vsus intermittitur, sicut est ius eundi, agendi &c. Hæ seruitutes quia opera & manu hominis indigent, non possunt habere causam perpetuam, & ideo non nisi tanto tempore, cuius initij memoria non extat, præscribuntur. *l. 1. §. vlt. l. 2. §. idem Labeo. ff. de aq. plu. arc. l. 3. §. ductus aquæ. ff. de aq. quot. & æst.* Hæc est communis DD. distinctio, quæ tamen si ad limam veritatis reuocetur, subsistere non potest: omnes enim seruitutes prædiorum perpetuam causam habere debent, id est, talem conditionem, vt suapte natura & potentia vsus earum continuari possit. *d. l. foramen.* Verius itaque, & legibus magis consentaneum est, quod omnes seruitutes etiam discontinuæ longo tempore præscribantur: contra Accursij, Bartoli, & aliorum sententiam. Confirmatur hæc sententia per *d. l. si quis diuturno. vbi Vlpian.* indistinctè scribit, seruitutes longa siue quasi possessione, & diuturno vsu acquiri. Idem habetur *in l. 5. de itin. actuq. priu. l. 1. §. vlt. ff. de aq. plu. arc.* vbi seruitutes longa quasi possessione generaliter acquiri dicuntur. Similiter *in l. 2. C. de seruit.* seruitutes longo tempore acquiri, exemplo rerum immobilium constituitur.

Huic tamen sententiæ obiicitur *l. 14. ff. de seruit.* vbi Paulus negat seruitutes longo tempore vsucapi, quod & idem. *in l. 4. §. si viam & §. vlt. ff. de. vsuca.* respondit. Sed hæc responsa ita sunt concilianda, quod iure veteri seruitutes in vsucapionem non cadebant, quia siue possessione continua nulla procedit vsucapio, *l. 25. ff. de vsuca.* incorporales autem res, vt sunt seruitutes, possideri non possunt. *l. seruus. §. incorporales ff. de acq. re. do.* ergo nec

ec vſucapi. Sed cū non poterant vſucapi, diuturno tamen vſu, & longa uaſi poſſeſſione præſcribebantur, vſus enim earum poſſeſſionis loco eſt. *l. ſi. quis diuturno.* Inter quam longi temporis præſcriptionem, & vſucaionem multum jure veteri intererat: vſucapio enim plenum dominium dıiciebat. *l. Iulianus 17. ff. de rei vend.* præſcriptio verò vtile dominium tanım, & exceptionem vel vtilem actionem concedebat. *l. ſi quis emtionis 8. C. præſ. 30. an. d. l. ſi quis diuturno.* Vſucapio rerum tantum erat corporalium, t earum quæ ſunt in ſolo Italico *l. vſucapionem. ff. de vſucap.* præſcriptio verò ɔngi temporis in vectigalibus tributarijs, & prouincialibus prædiis obtiebat *l. ſi finita § ſi de vectigalibus. ff. de dam. inf. l. cum ſponſus. §. in vectigalibus. ff. de ubl. act.* Illa ſine titulo non procedit, in hac de titulo docere non eſt neeſſe, *d. l. ſi quis diuturno. Hotom. lib. obſ. 3. c. 25.* Hanc conciliationem probant. Duare. Coſtal. & Charon ad d. l. ſeruitutes. Longoual. ad d. l. limperium. Donel. lib. xı. om. c. xı.* Sed Juſtinianus ſuſtulit has intricatas ſubtilitates, & conſtituit, t indifferenter omnes ſeruitutes longo tempore vſucaperentur, eodemue tempore non vtendo amitterentur. *l. vlt. C. de lon. tem. præſc. l. vnic. C. de vſu. transfor. VVeſem. in parat. de ſeruit. num. 5. Anton. Fab. lib. 19. coniect. iur. c. 9. 10. & 11.* Collabaſcit ergo DD. diſtinctio inter præſcriptionem ſeruitutum ontinuarum & diſcontinuarum. Ratio DD. fuit hæc, quia ſingularium ctuum interruptio poſſeſſionis continuationem interrumpit: quæ facilè x eo refellitur, quòd & in ſeruitutibus perſonalibus, vt vſufructu, actus unt diſcontinui, & tamen longo tempore præſcribuntur. Reſpondenlum itaque ad eam DD. obiectionem, cum Weſem. quòd ſicut in perſoıalibus ſeruitutibus, ita & in realibus, potius inſpicitur animus poſſidenis, cui debetur ſeruitus, quam actuum interuallum: qui animus ſemper ſt continuus, licet actus ſeruitutis aliquando intermittantur.

Secundò repugnat. *l. 3. §. ductus aquæ. ff. de aq. quo. & æſt.* vbi Pomponius reſpondit, aquæductum, cuius origo memoriam hominum excedit, conſtiuti loco haberi. Reſp. Per hoc IC. non negat, quin breuiori tempore acquiri poſſit ſeruitus: ſed hoc affirmat, tempus immemoriale habere vim priuilegii, vt qui vſus ſit ſeruitute, tempore tam longæuo, non opus habeat docere de iure ſuo, titulo, vel bona fide, quia vetuſtas vicem conſtiutæ ſeruitutis obtinet. *l. 1. §. vlt. l. 2. & l. vlt. ff. de aq. plu. arc. Minſ. cent. 1. obſ. 30. Duare. lib. 1. diſp. c. 34.*

Tertiò obijcitur *l. foramen. ff. de ſeru. vrb. præd.* vbi dicitur, quòd omnes ſeruitutes debent habere cauſam perpetuam & additur, niſi habeant cauſam perpetuam: tempore acquiri non poſſunt. Vnde videtur colligi, ſeruitutes diſcontinuas non vſucapi. Reſp. Seruitutum quidem debet eſſe cauſa perpetua & naturalis, ſed non continua, hoc eſt ea debet eſſe conditio ſer-

uitutis, vt ea vti possimus perpetuò, siue actu, siue potentia. Hoc ergo asseritur tantum *in d. l. foramen.* quòd omnes seruitutes debent habere perpetuam & naturalem causam, vt scilicet aptitudine & potentia perpetuò iis vti liceat. Quod habet causam naturalem, perpetuò fieri intelligitur, etsi non fiat assiduè, quia naturæ causa certa est, atque perpetua. Exempli gratia: Stillicidii vel fluminis immittendi seruitus ex aqua pluuia, perpetua est, etiamsi non pluat assiduè: quia hæc res ita ex natura pendet, vt semper pluere possit. Quod verò facto & manu opus habet, perpetuò fieri non intelligitur. Vnde non potest talis seruitus tempore acquiri, vt liceat mihi foramen habere in imo pariete, per quod proluuiem pauimenti mei in ædes vicini immittam, quia non est eius aquæ constans & naturalis causa. *d l. foramen & ibi Duare. Cuiac. lib. Obs. XI. c. 3.*

Denique obstat *l. 1. & tot. tit. ff. de itin. actuq. priu.* vbi traditur, quod vsu 30. dierum seruitutis possessio etiam in discontinuis quæri videatur. Resp. In eo interdicto non agitur de iure possessionis, ad quod acquirendum longo tempore opus est *l. 2. C. de lon. tem. præscr. l. 2. C. de seruit.* vt Vlpian. ostendit in l. apparet. *5. §. pen. ff. de itin. actuq. priu.* sed de simplici vsu itineris & viæ rusticæ, quam ob commoditatem transuehendarum frugum atque fructuum, non impediri ei, qui x x. diebus vsus esset, visum fuit vtilius, donec scilicet de iura possessionis plenius fuerit cognitum.

ASSERTIO XCIII.

Ad præscriptionem seruitutum, non opus esse titulo, contra DVARENVM, *verius est.*

PROBATVR hæc decisio *per l. si quis diuturno. ff. Si ser. vend.* ubi dicitur, quod qui longo tempore ius aquæ ducendæ nactus fuerit, non cogitur docere de iure suo, id est titulo, vt ibi annotat Accur. Idem *in l. fin. ff. de aq. pl. arc.* traditur, quòd vetustate aquęductus acquiratur, etiamsi ius non probetur. id est titulus. Idem probat *l. apparet 5. §. si quis. de itin. actuq. priv.* vbi dicitur, si quis iure impositam seruitutem non habeat, habeat autem longæ possessionis prærogatiuam, id est præscriptionem, poterit de itinere actuque priuato experiri. Hoc saltem opus est, vt qui seruitutem sibi adserit, ea per longum tempus vsus sit, & bonam fidem in præscribenda seruitute habuerit, hoc est, non vi, non clam, non precariò seruitutem acquisiuerit, his enim tribus modis mala fide possidetur, *l. Pomponius. §. ff. de acq. pos. Cuiac. ad l. 4. in fi. ff. de vsuca.* Ratio huius decisionis est, quia in præscriptione requiritur taciturnitas & patientia aduersarii, quæ

oco tituli habetur: per patientiam enim inducitur præſumtus conſenſus, x ficta quædam conceſſio, quæ tantum operari debet, in rebus incorporalibus, quantum expreſſa in rebus corporalibus. *arg. l. Labeo. 19. ff. de aq. plu. rc.* Patientia enim aduerſarij certum præbet impoſitæ aliquando ſeruitatis argumentum, quia cum tamdiu tacente & patiente domino vſi ſumus ſeruitute, eo volente cenſemur ius vſucaptum acquiſiuiſſe. Ex diuturna enim taciturnitate, patientia & longo vſu, præſumitur conſenſus, c titulus. *l.* qui in aliena. *§. 1. vbi DD. ff. de acq. her. l. ſi filius. C. de pe. her.*

Obijcitur *l. 2. C. de ſeruit.* vbi ait Imp. ſeruitutes quæri exemplo rerum nmobilium. Sed res immobiles præſcriptione non niſi titulo acquiruntur. Ergo & ſeruitutes. Reſp. Verba illa, exemplo rerum immobilium, non ad titulum requiruntur, ſed ad tempus, quod ſcilicet ſeruitutes, præſcriptione longi temporis acquiruntur, ſicut res immobiles. *l. vlt. in fi. C. de præſc. long. temp.* vbi dicitur, eodem tempore præſcribi ſeruitutes, quo res nmobiles præſcribuntur. Planè vno caſu in ſeruitutibus præſcribendis, non eſt neceſſaria patientia eius, contra quem præſcribitur; quando videlicet quis præſcribit cum titulo habito à non domino, quia tunc non equiritur domini patientia. *tex. eſt in l. ſi ego. §. 1. in verb.* traditis, vel per patientiam conceſſis. *ff. de pub. act.* Quod dictum pro ſingulari & menti perpetuò tenendum refert. *Caſtren. in l. ſeruitutes. num. 9. ff. de ſeruit. Grauet. de antiq. emp. par. 4. c. 3. num. 21.*

Pulchrè hanc ſententiam confirmat Faber *lib. 19. coniect. iur. c. 9. 10. & 11.* Porrò ſciendum, quod hæc aſſertio tantum procedat in ſeruitutibus reabus, nam ad præſcriptionem ſeruitutum perſonalium, vti eſt vſusfrutus quia eſt pars dominij, omninò titulo opus eſt. *l. 4. ff. de Vſufr. l. celſus, & l. nulla. ff. de vſuca.* Ita tradunt, *Ludo: Maynus lib. 1. de action c. 14. Coſtal. ad l. ſi uis diuturno. ff. Si serv. vind. vbi notat idem Dyno, Bartolo, & Panormitano placuiſſe. pprobant Salic. in l. 1. C. de ſeruit. Cœpol. in tract. de ſeruit. c. 20. & nouiſſimè Fachin. b. 13. contro. c. 83.*

ASSERTIO XCIV.

Ob omnes ſeruitutes tam vrbanas quam ruſticas nouum opus nuntiari poteſt.

PROBATVR hæc ſententia *per l. 1. § . item Iuliano. ff. de remis.* vbi dicitur, Jus nuntiandi nouum opus habet, qui aut dominium, aut ſeruitutem habet. Nec diſtinguitur, an ea ſit vrbana ſeruitus an ruſtica, cum cer· diuerſitatis ratio reddi nulla poſſit. Probat idem *l. in iudicio 47. ff. Fam.*

 erciſ.

ercisc. vbi dicitur, si dum res in arbitrio est, de jure prædii controuersia est, placet omnes eos, inter quos arbiter sumtus est, opus nouum nuntiare pro sua quemque parte posse.

Obiicitur *l. qui viam. ff. de no. op. nunc.* Vbi dicitur, quod qui viam habet, opus nouum nuntiare non possit. Resp. Cum in suo prædio quis ædificat, non aliter ei nuntiari potest nouum opus, nisi opus nuntianti obesse appareat. *l. 5. §. meminisse. ff. de no. op. nunc.* Ideoque seruitutis nomine tum nuntiari potest nouum opus, cum probatum fuerit opus nuntianti impedimento esse, quo minus seruitute sibi debita vtatur. Quod fiet, si actione confessoria intentata, prius probet seruitutem sibi deberi in eo loco, in quo vicinus vult ædificare. Probato itaque eo, quod per ædificationem nocetur seruituti, aut ea prorsus tollitur & impeditur, tunc licebit nouum opus nuntiare. Hoc autem probabitur intentata primum actione confessoria, qua docebit seruitutem viæ per eam agri partem sibi competere, in qua ædificium aduersarius molitur. Ante verò seruitutis probationem, nuntiari nouum opus non potest, & si quis nuntiet, nihil agit, id est, nouum opus non inhibet, verum actione confessoria prius instituta seruitutem vendicare non prohibetur, qua probata nuntiabit nouum opus. Hæc solutio probatur *per l. si eo loco 9. ff. Si ser. vend.* Vide latius de hac quæstione differentem *Alcia. lib. 3. Parerg. c. 3.* qui existimat, speciale esse in rusticis seruitutibus, vt non nuncietur nouum opus, idque receptum est propter discontinuum vsum, cum non tantum intersit. *Aliter Cuiac. lib. 10. Obs. c. 17.* nec non *Coras lib. 5. Miscel. c. vlt. Faber lib. 19. coniect. c. 5.* Vide *Vaudum lib. 1 variar. quæst. iur. c. 5.* qui solutioni ff. ad l. qui viam à me allata planè adstipulatur. Eandem solutionem confirmat. *libro 2. de ambiguit. Iur. c. 2. Revardus.*

ASSERTIO XCV.

Vrbanum prædium distinguit à rustico, non locus, sed materia.

VRBANA prædia dicuntur, non ea quæ in vrbe tantum sunt extructa, sed omnia ædificia habitandi causa facta, siue in vrbe, siue ruri extra vrbem, in villis, vicis & pagis. *l. 1. ff. Com. præd. l. vrbana 198. de V. S.* Rustica prædia sunt, quæ fructuum percipiendorum & colligendorum, vel pecorum custodiendarum gratia sunt constructa: vt sunt stabula, horti, vineæ. *d. l. vrbana.* Sed huic sententiæ vehementer aduersatur Neratius *in l. eo iure. §. stabula. ff. In qu. cau. pig. tac. cont.* vbi stabula vrbana prædia esse adfirmat. Hæc antinomia ita videtur probabiliter conciliari posse, quod stabula

abula in duplici significatione accipiantur. Aut enim significant diuersoria & tabernas, quibus viatores hospitio excipiuntur, & tunc stabula inter ædificia seu prædia vrbana computantur, inuectaque & illata hoc casu domino stabuli tacitè pignori obligata erunt. Sic accipi debet. *d. §. stabula.* Sic quoque stabula pro diuersoriis hominum mansioni comparatis accipiuntur *in. l. vnic. §. fin. ff. Furt. adu. naut. caup. stab.* Aut stabula significant stationes iumentorum equorumque causa paratas. *l. 13. in fi. ff. de vsufr.* & tunc pro rusticis prædiis accipiuntur. *l. 5. ff. Nau, caup. stab.* quia hæc stabula ob rusticum vsum habentur. Rusticum nanque prædium ab vrbano qualitate, hoc est, vsu & fine secernitur. *l. si prædium 16. C. de præd. & al. reb. mino.* Itaque vrbanum prædium dicitur omne ædificium, quod ad vrbanum vsum, hoc est, inhabitandi, recreandi, mercaturæue gratia habetur, siue in vrbe, siue ruri sit positum. Contra rusticum prædium censetur, quod vsum rusticum præbet, vt pote quod fructuum percipiendorum, agrorum colendorum, aut pecoris recipiendi gratia paratum est. Ita tradit *Alcia. ad d. l. vrbana. VVesemb. in parat. ad tit. ff. de serv. vrb. præd.* Subtilius tamen & exactius *Connan. lib. 4. Com. c. 10. num. 7. & Godæus ad d. l. vrbana. de V. S.* ita distinguunt. Quando stabula meritoria conficiuntur, vt pecora & armenta recipiantur: sunt quidem rustica prędia, si secundarium finem respicias. Verum si primarium stabulorum finem attendas, sunt vrbana prædia, quia eo precipuè fine sunt constructa, vt mercedis ergo recipiantur pecora. Quæ mercedis perceptio efficit, vt sapiant naturam vrbani prædii, quia fructus præcipuus eorum stabulorum in mercede ac commercio consistit, qui vsus est vrbanus, non rusticus. Ideoque quoad taciti pignoris causam, habentur stabula meritoria pro prædiis vrbanis, ita vt pecora etiam à conductore illata tacitè pignori obligentur. *d. l. eo iure. §. stabula. ff. In qu. cau. pig. tac. contr.*

ASSERTIO XCVI.

Servitutes reales sine prædijs non possunt constitui.

IN *l. 1. ff. Com. præd. & §. Ideò. Inst. de serv. rust. præd.* dicitur, servitutes prædiorum sine prædijs constitui non posse.

Contrarium dicitur *in l. si servitus 23. §. vlt. ff. de serv. vrb. præd. & l. Labeo 10. ff. de ser. rust. præd. & l. fundum 46. §. si per alienum. ff. de evict. In. d. §. vlt. & d. l. Labeo ait I C.* quod servitus etiam futuro ædificio imponi possit. *In. §. si per alienum*, dicitur, si per alienum fundum, viam aliquis constituerit, quod ille evictionis nomine stipulanti obligetur. Resp. Servitus vt sta-

tim pro constituta habeatur, sine prædijs existentibus constitui nequit. *d.l.1.* At promitti per stipulationem vel pactum etiam potest sine fundo. *l.heredes.§.an ea. & §.seq.ff. Fam. ercis.* ex qua promissione non reale, sed personale ius coalescit. *l. Lucius ff. de serv. rust. præd.* Sic de alieno fundo servitus promitti potest, quo casu non tenebit servitus, sed de evictione erit personalis actio. Identidem & futuro ædificio rectè promittitur servitus, non vt nunc valeat (neque enim sine prædio potest consistere) sed valebit cum domus erit ædificata.

Secundò opponitur, quod servitus aquæductus non semper in hæret prædio. *per l.1.§.præterea Labeo. ff. de aq. quot & æst.* vbi IC. Vlpian. ait, quòd quidam ductus aquarum non sunt fundi, quia quocunque duci possunt. Vnde apparet aquæductus aliquando non fundi esse, hoc est, prædio sive fundo non inhærere, sed personæ: & tamen aquæductus est servitus rustici prædij. *l.1. ff. de serv. rust. præd.* Idem dicitur de servitute aquæ haustus *in l.Mela. §. quidam. ff. de ali. lega.* vbi refertur aquæ haustus inter servitutes personales, cum tamen *in l.si mihi 20. §.fin. ff. de ser. rust.* ius hauriendi dicatur, non hominis sed prædij. Resp. Servitutes aquæductus & aquæhaustus prædiorum esse, vbi prædijs debentur: at vbi non prædijs, sed personæ debentur, personarum sunt *d. §. quidam & d.§. præterea.* Sed adhuc vehementer vrgentur verba. *d. §. quidam,* vbi sic IC. scribit. Nam etsi haustus aquæ est servitus, personæ tamen ei qui vicinus non est, inutiliter relinquitur. Resp. Colon est ponendum post verbum servitus & ita legendum, nam etsi haustus aquæ est servitus, personæ tamen ei, &c. Quibus verbis vult dicere IC. servitutem prædij constitui non posse nisi vicino. At hæc servitus aquæ haustus non prædij est, sed personæ, vbi ei qui vicinum fundum non habet, est relicta, cui ea ratione non inutiliter relinquitur, *arg. l.pecoris. & l.seq. ff. de ser. rust. præd. Coras. in rub. de seruit. num.32. Donel. lib.11. Com. c.7.*

Tertiò opponitur *L. Lucius ff. de ser. rust.* vbi dicitur, quod aquæductus, quæ realis est servitus, personæ non prædio debetur. Resp. Non est novum, servitutem suapte natura realem, propterea quod ad personam referatur & constringatur, fieri personalem. *l. cum servus 39. §.si quis alicui. de leg.1.* vbi servitus lapidis cædendi, quæ sui natura realis est. *l. ergo. & l. veluti. ff. de ser. rust.* propter relationem factam ad personam, dicitur personalis. Porrò in L.Lucius facta est concessio personalis, quia vsus aquæ, non ad domum modò, quæ in Isthmo erat, sed ad quemcunque alium locum concessus erat: vt meritò intelligatur concessionem non contemplatione prædij, sed personæ factam esse. Ea enim est natura servitutum præsertim rusticarum, vt non nisi respectu vicini fundi & ad eius necessitatem

atem constitui queant, seu quatenus ad ipsum fundum opus est. *d. l. ergo.* Cum itaque *in L. Lucius*, concessus fuerit vsus aquæ vicino ad fundum ius, & præterea quocunque ducere velit, dici non potest proprè servitus ealis. Est ergo potius personalis quædam concessio, quæ ideò non transmittetur ad heredes. *l. vsus aquæ. ff. de vsu & hab.* Præterea in concessione ervitutis aquæductus vsus est I.C. *in d. l. Lucius* his verbis. χαρίζομαι σοί, . gratificor tibi. Ex quibus verbis apparet, ibi de personali concessione ervitutis aquæductus esse actum. Vnde ad heredes aquæductus hoc mo- lo concessus non transmittitur; *Costal. ad d. l. Lucius.* Approbat hanc senten- iam *Alcia. lib. 2. dispunct. c. 7.*

ASSERTIO XCVII.

Servitutes omnes prædiales perpetuam causam habere debent.

NATVRA omnium servitutum realium seu prædialium hæc est, vt perpetuam causam habere debeant, sin minus actu, at certè potentia. *l. foramen 28. ff de serv. vrb. præd.* vbi dicitur, quòd non potest talis ervitus constitui, vt foramen in imo pariete conclavis mei habere mihi iceat, per quod possit proluvies pavimenti mei in ædes vicini immitti. Ratio est, quia non est eius aquæ constans & naturalis causa, sed operam & manum hominis desiderat. Aqua enim quæ proluendi pavimenti cau- à adhibetur, non est perpetua, quia manu inijcitur. Talis porrò debet sse res, in qua servitus constituitur, vt quis perpetuò ea vti possit, aptitu- ine sive potẽtia, vt semper idonea sit ad vsum servitutis. Hinc stillicidij vel uminis immittendi servitus est perpetua, quia aqua pluvia quæ ex cœlo adit, perpetuam habet causam. Quod enim naturaliter fit, etsi non fiat ontinuò & assiduè, perpetuò tamen fieri intelligitur. Hæc enim res ita ex atura pendet, vt semper pluere possit, vtque non pluere non possit. Hinc etiam ex lacu stagno & cisterna aquæductus concedi non potest, uia non habent vivam perennem & naturalem aquam, sed collectitiam antum, quæ hyeme plerunque ex imbribus cogitur, & æstate siccatur. *d. l. foramen l. 1. §. hoc interdictum. ff. de fonte. l. 1. § 1. ff. de flumin.*

Sed obijcitur huic assertioni *l. 1. §. caput & §. permittitur ff. de aq. quo. & st. l. servitus 9. ff. de ser. rust. præd.* Vbi dicitur, servitutem aquæductus posse x lacu & quocunque loco constitui. Respondendum. Aut lacus habet quam vivam, perennem & perpetuam; & tunc aquæductus ex eo con-

cedi

cedi poteſt. *l. vnica. ff. Vt in flumine pub. nau.* Aut aquam vivam non habet: & tunc ſervitus realis aquæductus ex eo lacu concedi non poteſt.

Secundò graviter obſtat *l.2.ff. Com. præd.* vbi dicitur, poſſe concedi ſervitutem, vt aqua per rotam tollatur vel hauriatur ex flumine, item vt aqua ex caſtello ducatur, quæ tamen aqua non eſt perennis. Nam caſtellum eſt receptaculum aquæ, in quod non naturaliter, ſed manu & adhibitis organis aqua influit. Reſp. Propriè & ipſo iure non rectè aquæductus conceditur ex caſtello, quia hæc aqua perpetuam cauſam non habet, ſed ex æquitate & tuitione Prætoris illa iura conſervantur. Ita tradunt *Accur. & Bart. in d.l.2.* & confirmat *Cuiac. lib. Obſ.3. c.28.* Vel dicendum, quòd aqua quæ ex caſtello ducitur, habet cauſam perpetuam, ſi inſpiciatur initium ſeu origo aquæ influentis in caſtellum, quæ eſt perpetua.

Tertiò repugnat *l. via 23. §.1. ff. de ſer. ruſt. præd.* vbi dicitur ſervitutem navigandi per lacum privatum imponi poſſe, vt perveniatur ad fundum vicinum: atqui lacus non habet aquam perpetuam. Reſp. Servitutes aquæductus & aquæhauſtus propriè & directò ex lacu conſtitui non poſſunt, quia lacus non habet aquam perennem, ſed longo aquæductu & hauſtu imminuitur. Attamen ius navigandi per lacum propriè & ipſo iure conſtitui poteſt, quia navigando non minuitur aqua ex lacu. *Gl. in d.l. via.*

Quartò repugnat vehementer *l. ſicuti. §. Ariſto. ff. Si ſer. vend.* vbi dicitur ſervitutem fumi immittendi poſſe iure prædio imponi, quamvis conſtet manu & facto hominis ad hoc opus eſſe. Reſp. Interdum quod manu fit, habet cauſam perpetuam, ſi videlicet eius habendi cauſa prædium, aut pars prædij, in qua id habetur, parata eſt. Sic fumi immittendi ſervitus cauſam perpetuam habere dicitur, quia ad hunc vſum focus vel fornax deſtinatus eſt, vt aut ignem perpetuum habeat, aut ſemper paratus ſit ad habendum. Atqui vt foramen habeam proluendi pavimenti mei gratia in pariete meo, & per id foramen ius emittendæ aquæ in prædium vicini, hæc non eſt ſervitus prædialis, quia predium propter id non eſt paratum & extructum. *Donel. lib.11. Com. c.3.*

ASSERTIO XCVIII.

Servitus quæ nec prædio, nec perſonæ vtilitatem adfert, conſtitui nequit.

HOc proprium eſt omnium ſervitutum, vt vel eius perſonæ cui acquiruntur, vel eius prædio, vtilitatem præbeant. Si ergo nullam ei, cui acquiritur, vel eius prædio vtilitatem adferat, ſervitus conſtitui non

on potest. *l.quoties 15.ff. de servit.l. veluti 6.§.1.ff. de serv. rust.præd.* Hinc eleanter dicitur *in l.de pupillo. §.bellè. ff. de no.op.nunc.* quòd quisquis in re sua is suum aliqua in parte diminuit, & alterius auget, servitutem rei suæ nposuit.

Verùm his graviter obstat *l.vt pomum 8.ff. de servit.* vbi dicitur, servitum non posse ita imponi, vt pomum decerpere, vt spaciari & cœnare in ieno fundo liceat: ex quo certè commoditas paciscentibus non parua uæritur. Resp. Servitutes hæ vt reales constitui non possunt, quia eaum natura debet habere perpetuam causam, vt omni tempore eis vti lieat. *l.foramen. ff. de ser. vrb. præd. l.1. §.loquitur. ff. de aq. quo. & æst.* possunt autem vt servitutes personales & iura personalia rectè constitui, quæ vbi seel constituta fuerint possunt quidem à quolibet vendicari, attamen vnà um persona extinguuntur. l.pecoris 4. & duabus legibus sequentibus. *ff. servit. rustic præd.l.Mela 14.ff. de alim.lega.* neque in emtorem fundi, vel hedem transeunt *l. vlt. ff. de contr.emp. l. Gaius 12.ff. de ann. lega. Forner. lib.2. sect.c.28. Duarenus ad dictam legem, vt pomum.*

Secundò adversatur, quòd servitutes aliquæ non solùm ad vtilitatem equirentis, sed etiam amœnitatis & voluptatis gratia constituantur. *l.hoc re 3. ff. de aq. quo. & æst. l. competit 16. §.1. ff. Quod vi aut clam.* Respondendum. Vtilitas non solùm vsum & commoditatem, sed etiam voluptatem & amœnitatem aliquando significat. *l. statuæ 41. ff. de vsufr.* bi dicitur, statuæ & imaginum vsumfructum posse relinqui, quia & psæ habent vtilitatem aliquam, id est, voluptatem, quam ex aspectu ercipimus.

Tertiò obijcitur *l.ei fundo. ff. de seruit.* vbi dicitur, servitutem aquæ ductus concedi posse, etiamsi eius fundo cui quæritur, aquam ducere non xpediat. Resp. Hoc ita accipiendum est, quòd servitus aquæductus oncedi potest, etiamsi tempore concessionis non sit vtilis, dummoò existiment contrahentes, eam in posterum prædio vtilem futuram. Nam vtilitatem præsentem hîc non solùm attendimus, sed futuram quoque. *l. si infantis 55. ff. de vsufr. Ita d.l. ei fundo, Acc. Bart. & DD. communiter intelligunt.*

ASSERTIO XCIX.

Ius altius tollendi servitus est.

IVs altius tollendi inter ſervitutes prædiorum ponit ICtus *in l.2. ff. de ſer. vrb. præd. & l.2. ff. de ſer. ruſt. præd.* Sed hoc exemplum mirè torſit ingenia Doctorum. Quomodo enim quis iure conſtitutæ ſervitutis petat licere ædes ſuas altius tollere, cùm id à naturali libertate cuique conceſſum ſit? Quilibet enim poteſt iure ſuo ſeu iure communi vſque in cœlum ædes ſuas extollere, etiamſi vicini lumina in totum obſcuret. Cuius enim eſt ſolum, eius eſt & cœlum ſupra ſolum. *l. altius C. de ſeruit. l. cum eo. & l. cuius ff. de ſeru. vrb. præd.* Ius ergo altius tollendi non conceditur iure ſeruitutis, cùm competat iure libertatis, nam ſeruitus & libertas inter ſe ſunt contraria. Reſp. Noua lege illam ædificandi libertatem coarctatam eſſe: nam ita demum cuique liberum eſt ædes ſuas altius extollere, dummodò antiquorum ædificiorum formam & ſtatum non excedat *l. qui luminibus. 11. ff. de ſeru. vrb. præd. l.1. C. de ædif. priua. l.1. C. de ſervit.* Non licet ergo alicui vltra vſitatum ædificiorum modum ædes ſuas extollere, niſi illam facultatem quæſiuerit à vicino: tùncque is cui à vicino pactione vel teſtamento conceſſum eſt, vt ædificando antiquum ædificiorum ſtatum egredi poſſit, ius altius tollendi habebit non iure libertatis, ſed veræ ac propriæ ſeruitutis: ac ius illud quod ſuapte natura liberum eſt, in ſeruitutis nomen convertetur. *Coraſ. ad l.1. ff. de ſeruit. & lib. Miſc. 3. c.24. VVeſembecius in parat. de ſeruit. num.3. Donel. ad §. æquè. nu.12. Inſt. de actio.* Poteſt etiam hoc modo facultas altius tollendi iure ſeruitutis competere, ſi quis poſt-quàm vicino conceſſerit, ius ſibi non eſſe altius ædes ſuas tollendi, deinde à vicino pactis, vel contractibus impetret, vt ſibi altius ædes tollere liceat, *l. ſi domus 21. ff. de ſeru. vrb. præd. l. egi 26. ff. de ſeruitute vrb. præd. Briſſonius in lexico in verb. Altius tollendi. Baro ad l. vlt. ff. de ſeruit.*

ASSERTIO C.

Seruitus pro parte acquiri vel imponi non poteſt.

REGVLA eſt, quòd ſeruitutes pro parte acquiri vel imponi non poſſunt, pro parte autem retineri poſſunt. *l. ſi quis duas. §. ſi partem ff. Com. præd. l. vt pomum. §.1. ff. de ſeruit. l.3. ff. de ſeru. lega.* Quare & vnus ſocius

cius seruitutem communi fundo acquirere, vel imponere non potest. *l.. ff. de seruit. l. 5. ff. Com. præd.* Ratio est, quia seruitutes natura sui diuisio-rm non recipiunt, vsusque earum indiuisus est, nemoque pro parte ire l agere potest. *l. via 17. ff. de seruit.* Adde & hanc rationem, quòd serui-ts postquàm in fundo semel est constituta, ita per omnes partes & gle-bs est diffusa, vt nullam non partem fundi attingat. Seruitus enim tota e in toto fundo, & tota in qualibet eius patte.

Huic regulæ videtur obstare *l. si ad certam ff. de seruit.* vbi dicitur, ad rtam partem fundi, seruitutem tam constitui, quàm remitti posse. Resp. Regula accipienda est de parte pro indiviso, non autem de parte po diuiso, ad quam acquiri vel imponi potest seruitus. Ratio est, quia prs pro diuiso non est propriè pars, sed totum, id est, prædium, non prs predij, *d. §. si quis partem. l. rectè 25. §. vlt. ff. de V. S.* Pars pro diuiso rta est, pars pro indiuiso incerta est. *l. placet 25. ff. Qu. mo. vsusf. am. l. 1. hoc interdictum ff. Vti poss.* Item pars pro diuiso, sensu corporis, id est, cor-pre, pars pro indiuiso sensu mentis, id est, intellectu percipitur, *l. 5. ff. de p. seru.*

Secundò obstat *l. pro parte 11. ff. de seruit.* vbi I C. ait, si quis fundum ha-bns, viam stipuletur, & partem fundi postea alienet, quòd corrumpat spulationem, in eum casum deducendo, à quo incipere non possit. Er-go pro parte seruitus retineri non potest. Resp. Aut promissa tantùm est fuitus, aut constituta. Si promissa tantùm est, conseruari pro parte do-minij non potest, & de ea specie loquitur *d. l. pro parte.* Si constituta est, in conseruatur pro parte, & regula de constituta seruitute loquitur, quæ fndo hæsit semel, eamque dicimus non confundi prorsus communica-tone fundi seruientis, vel dominantis, sed conseruari pro parte dominij. *l. en. §. vlt. ff. de V. O.*

Tertiò obijcitur *l. si partem 25. ff. de ser. rust. præd.* vbi dicitur, aquæductum ti fundo quæsitum, pro modo & ratione partium retentarum vel alie-ntarum in fundo diuidi. Resp. Ibi non ipsum ius seruitutis, sed com-moditas tantùm diuiditur, quæ diuisio est vtentium potius, quàm serui-tis. Ius ipsum aquæductus indivisum manet, sed commoditas aquæ crtis mensuris determinari potest. Seruitutes itaque per se sunt indiui-cæ, licet commoditas earum per tempora & mensuras diuisionem ad-mttat. *l. arbor. 19. §. vlt. ff. Com. diu. l. 1. §. duo. l. Lucio, cum lege sequenti. ff. de aq. q. & æst.* Quomodò non propriè dicitur diuidi seruitus, sed eidem adij-c modus vel tempus. *l. 4. §. vlt. l. via. §. vlt. ff. de seruit.*

Postremò aduersatur *l. 5. ff. de vsufr.* vbi dicitur, pro parte etiam indiuisa cnstitui posse vsumfructum. Resp. Differt hac in re vsusfructus à cæteris

servitutibus, quia vsusfructus est diuiduus, & pro parte etiam indiuisa prædij constitui potest: hoc est, in re communi pro indiuiso rectè vnus ex dominis pro parte sua vsumfructum constituit alteri. Vsusfructus enim consistit in fructuum perceptione, qui diuidi possunt. At seruitus prædialis consistit solùm in vsu, nihil relinquens post se corporale post vsum, quod possit corpore diuidi. Iam verò hic vsus est indiuisus, quò fit, vt ipsa seruitus quoque sit indiuisa. *l. viæ 17. ff. de seruit. Donel. lib. XI. Com. c. IX.*



CENTVRIÆ SECVNDÆ

ΕΝΑΝΤΙΟΦΑΝΩΝ

ASSERTIO I.

Servitute imposita, Ne luminibus officiatur, tam de præsentibus, quàm futuris luminibus cautum censetur.



N seruitute ne luminibus officiatur, hoc constitutum est: vt si simpliciter imposita sit, intelligatur tam de præsentibus, quàm futuris luminibus cautum: nec vnquàm ad præsentia lumina restringitur, nisi constitutio servitutis cum expressione verborum præsentis temporis facta fuerit, hoc scilicet modo, Lumina vti nunc sunt, vt ita sint. *qui ædificium 22. cum l.seq. ff. de seru. vrb. præd.* Ideoque si ædibus tuis imposuero illam seruitutem, ne luminibus meis officiant, & postea ædes meas altius extulero, non potes lumina noui mei ædificij obscurare. *d.l.23.*

Huic assertioni opponitur *l. non modus. C. de serv. & aqu.* vbi constituta seruitute ad prædium meum, si postea alia prædia vicina quæsierim, non possum ad ea aquam ducere te inuito: quia, vt inquit Imp. non modus prædiorum, sed seruitus aquæ ducendæ terminum facit, id est, non consideratur amplitudo & magnitudo prædij, cui debetur seruitus, sed formalis seruitutis constitutio, ad quam scilicet fundi partem illa facta sit, quæ terminum facit seruitutis. Ergo falsum est, quod de futuris luminibus etiam cautum intelligamus, si generaliter & indefinitè concessa sit servitus, ne luminibus officiatur. Resp. Castrensis hæc ita soluit, vt putet, aliud observandum esse in seruitute ne luminibus officiatur, in qua potest præuideri alias fenestras extrui posse, quàm in aquæductu, quem qui debet, prævidere nequit, dominum fundi dominantis emturum prædia vicinorum, vnde meritò constituens de illis sensisse non videtur. Corasius aliter soluit, censetque non esse diversum in seruitute aquæductus constitutum, quàm in feruitute ne luminibus officiatur. Nam quemadmodum imposita seruitute aquæ ducendæ ad certum fundum, adquisitis postea prædijs ea seruitus non debetur, ita seruitus ne luminibus officiatur, certis ædibus acquisita, nouis ædibus quæsitis non debetur. Sed si in ædificio, cui ser-

uitus debetur, ne luminibus officiatur, fenestræ aliquæ de novo factæ ſunt, de futuris quoque luminibus cautum videtur. *Coraſ. ad l. 1. de ſeruit. num. 31. 32. & 33.*

Secundò opponitur hoc modo: Si obligatio reſpectu certæ rei contracta, illa creſcente non augetur. *l. Rutilia. ff. de con. emp. l. ſi tibi mandauero. §. is cuius. ff. Manda. l. certa forma C. de iu. fiſ. lib. 11.* ſequitur, quòd in ſeruitute, ne luminibus officiatur, non veniant, neque comprehendantur lumina futura. Reſp. Obligatio certæ rei reſpectu contracta non augetur illa creſcente, ſi augmentum illud extrinſecum eſſet, hoc eſt, extra rem contingens. At ſi ex re ipſa augmentum eueniat, creſcit ſine dubio obligatio, quando non ideò acceſſiſſe rei quicquam dicatur. *l. vicinus. §. lacus. ff. de aq. plu. arc.*

ASSERTIO II.

Ad ſeruitutes prædiorum, neque interdictum Vnde vi, neque Vti poſſidetis, pertinet.

INTERDICTVM Vnde vi non datur deiecto de ſeruitutibus prædialibus, ſicut nec interdictum Vti poſſidetis ei competit, qui in poſſeſſione ſeruitutis turbatur. Ratio eſt, quia hæc interdicta tantùm ijs competunt, qui de poſſeſſione rerum corporalium & immobilium deijciuntur, ſeu in ea turbantur, *l. 1. §. 1. ff. de vi & vi ar. l. 1. in prin. ff. Vti poſſ.* Præterea cùm ſeruitutes vti res incorporales non poſſideantur, *l. ſeruus. §. incorporales. ff. de acq. re. do.* non poſſunt etiam pro ijs hæc interdicta competere. Exiſtimant tamen *Acc. Bart. & communiter DD. in l. vnic. C. Vti poſſ.* etiam ijs qui deijciuntur vel turbantur in poſſeſſione ſeruitutum prædialium, hæc interdicta vtilia ſaltem competere. Quæ ſententia iure defendi non poteſt.

Aduerſatur primò huic aſſertioni *l. vlt. ff. de ſeruit. & l. vlt. ff. Quem. ſeru. amit.* vbi dicitur, interdicta quaſi poſſeſſoria pro ſeruitutibus prædialibus conſtituta eſſe. Reſp. Specialia quædam interdicta ſeruitutum cauſa nominatim ſunt comparata, veluti, de itinere actuque priuato, de aqua quotidiana & æſtiua, de riuis, de fonte, & de cloacis. *d. l. vlt. l. 2. §. vlt. ff. de ſuperfic.* Verùm interdicta Vnde vi & Vti poſſidetis ad ſeruitutes prædiorum non pertinent. *Cuiac. ad l. 4. §. ſi viam. ff. de vſuca. Donel. ad. l. vnic. num. 14. C. Vti poſſ.*

Secundò obijcitur *l. ſicuti. 8. §. Ariſto. ff. Si ſer. vend.* Vqi dicitur, ſi quis in alieno aliquid faciat jure ſeruitutis, competere domino in eam rem interdictum

ictum Vti possidetis. Resp. Ibi interdictum non datur pro seruitute indicanda, sed contra seruitutem, ad retinendam fundi nostri, aut ædium ostrarum lrberam possessionem, aduersus eum qui facto suo possessionis obis facit controuersiam.

Tertiò aduersatur *l.pen.§.item videamus*, *& §.Labeo.ff.Vti poss.* vbi domino dium, qui habet ius siue seruitutem proijciendi ex suis ædibus supra som vicini, competit interdictum Vti possidetis, vt ei projectionis possessionem retinere liceat. Resp. Exemplum interdicti de superficieus trahitur ibi ad proiectionem, sicut ad similitudinem superficiarij datur etiam emphyteutæ & vasallo idem interdictum. Hoc ergo interdicto qui supra solum alterius ius proijciendi habet, eam proiectionem retiere potest. Ita eleganter declarat. *Cuiac.lib.Obs.17.c.2.*

ASSERTIO III.

Seruitutes neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione ipso iure constitui possunt.

ASSERTIONEM hanc pro regula generali tradit Papinianus *in l.4. ff.de seruit.* Ratio est, quia in seruitutibus facto patientiæ præsentaneo opus est, quo seruitus prædio imponatur: *l.vlt.ff.de seruit.* quæ semel imposita diem aut conditionem non recipit, quia seruitutes sua natura habent causam continuam & perpetuam, *l foramen28.1.de ser.vrb.præd.* Cui tamen enunciationi quatuor præcipuè aduersantur.

Primò obijcitur *l.4.ff.de vsufr.* vbi dicitur, vsumfructum ex die dari posse. Resp. Personalis seruitus, vt puta vsusfructus ex die & ad diem deferri potest. Ratio est, quia vsusfructus est jus in faciendo consistens, id est, vtendo fruendo, ea lege, vt prius non sit, nec constituatur, quàm quis frui possit.*l.1.ff.Qu.di.Vsufr.leg ced.* Itaque cùm is ex die constitutus est, fructuarius ante diem frui non potest Facta enim vt natura, ita & jure suspendi possunt, ne prius scilicet id facere liceat, quod in diem delatum est, quàm dies faciendi constitutus venerit. *Donel.lib.*XI. *Com.c.*IX. At verò seruitutes prædiales nihil aliud sunt, quàm qualitates & iura prædiorum. *l. qui aliud 86.de V.S.* prædiis verò qualiras sub conditione vel ex die imponi non potest, quia non afficitur prædium per impositionem seruitutis reales, nisi ex vsu & possessione præsenti: quæ vbi semel competere cœpit, posteà ipso iure per pactum diei vel temporis tolli nequit. Licet autem seruitutis constitutio ex die vel sub conditione ipso iure non subsistat,

tamen

tamen tuitione Prætoris defendetur, qui æquitatem ante oculos habens, nihil æquius existimat quàm pacta seruari. *l.1.ff. de pact.*

Secundò refragatur *l. existimo 98. ff. de V.O.* vbi dicitur posse viam sub conditione promitti. Resp. Aliud est seruitutem constituere, aliud promittere. Qui constituit seruitutem, puta viam vel iter, statim viam dat vel cedit: quod sub conditione fieri non potest, rebus enim qualitates sub conditione non imponuntur. Qui verò sub conditione promittit se viam daturum, non statim constituit viam, sed tum demum, cùm viam dat vel cedit. Promissio enim seruitutis non ius in re, sed ius ad rem tantùm inducit, seu obligationem merè personalem, quæ illius est naturæ, vt conditionem vel diem recipiat. In constitutione verò seruitutis ipso facto patientiæ præsentaneo opus est, quo seruitus prædio imponatur. *l. vlt. ff. de seruit.* quæ semel imposita pactionibus hominum non potest variari, ideóque nec diem aut conditionem recipit, quia seruitutes natura sua habent causam continuam & perpetuam. *Govea. lib. 1. Var. lect. c.9.*

Tertiò opponitur *d.l.4.§.1. & §.vlt.ff.de seruit.* vbi dicitur, modum posse imponi seruitutibus, veluti quo genere vehiculi agatur, vel vt equo duntaxat, vel vt certum pondus vehatur, aut vt statis anni temporibus, certísve diebus quis vtatur. Resp. Conditio seruituti non rectè adijcitur, quia conditione adiecta in euentum conditionis obligatio suspenditur. *l. cedere diem 13. ff. de V.S.* Modus tamen adijci potest, quia modus neque obligationem neque petitionem suspendit, oblata cautione de modo implendo, vel vt clarius dicam. Modus non suspendit, nec afficit substantiam actus, vt conditio, sed tantum adijcit qualitatem actui iam perfecto, & constituto *d.l.4 §.vlt. ff. de servit. l. si tibi 19. de leg.3. l.* quibus diebus *40.§.vlt. ff. de cond. & dem. l. cùm in testamento 48. ff. de fidei. liber.* Præterea modus significat qualitatem, ordinem & formam actui adhibitam, ipseque modus non facit, quo minus seruitus sit continua vel perpetua, sed tantùm vsum seruitutis certis legibus moderatur, quod minimè est contra naturam seruitutis. *VVes. in parat. de seruit. num. 8. Pulchrè Coras. ad d.l.4. §. modum. Faber in rational. ad d.l.4. ff. de servit.*

Postremò obstat *d.l.4.§.vlt.ff. de seruit.* vbi dicitur, posse seruitutem constitui adiectis temporum interuallis, puta vt aquam ducere liceat certis horis diei, item interdiu, non noctu. Resp. Illa seruitutis constitutio tempus adiectum habere intelligitur, quæ tempus habet, quo incipit aut finitur seruitus, id est, quando seruitus ex die vel ad diem constituitur. Cùm autem seruitus constituitur, vt ea certis temporibus vti liceat, non constituitur ex tempore vel ad tempus, sed pura & perpetua est constitutio. Tantùm intermedium vtendi tempus temperatur.

Hoc

hoc temperamentum rectè dicitur modus constitutæ seruitutis. Do; d. l. d. loco.

ASSERTIO IV.

Seruitute concessa, ea omnia concessa intelliguntur, sine quibus seruitute vti non licet.

HÆc definitio comprobatur per *l. 2. ff. de iurisd. l. seruitutes 20. §. 1. ff. de. ser. vrb. præd. l. Veteres. ff. de itin. actuq; priu.* Hinc itinere legato, quà nisi opere facto, iri non possit, licere fodiendo substruendo iter facere, Paulus respondit. *l. si iter 10. ff. de seruit.* Item si propè tuum fundum ius mihi est aquam riuo ducere, tacitè hæc iura sequuntur, vt reficere mihi riuum liceat, vt adire quàm proximè possim ad reficiendum ego fabricæ mei, item vt spacium mihi relinquat dominus fundi, quo ad riuum dextram, & quà terram, limum, lapidem, arenam iacere possim. *Obstat. l. si prius. §. rectè placuit ff. de aq. plu. arc.* Vbi is cui constituta est seruitus aquæductus, non potest per lapidem aquam ducere. Resp. Qui seruitutem habet, omnia facere potest, quæ sunt ad eius seruitutis vsum necessaria, citra tamen grave incommodum domini. *l. 3. §. vlt. ff. de itin. actuq; priu.* Ideoque is qui aquæductum habet, ideò lapidibus riuum sternere non potest, quia hoc maiorem in modum fundum seruientem incommodaret. Nec multò melior inde redderetur conditio eius, cui seruitus debetur, cùm possit fistulis & tubulis aquam ducere.

Secundò repugnat *l. 3. §. vlt. ff. de ser. rust. præd.* vbi dicitur, si concessus cui fuerit aquæhaustus ad flumen publicum, nihil agi, neque in ea concessione inesse iter, siue ius adeundi ad flumen. Resp. Ideò in ea concessione iter seu aditus ad flumen. Resp. Ideò in ea concessione iter seu aditus ad flumen non continetur, quia præcipua & principalis concessio seruitutis, scilicet aquam hauriendi ex flumine publico, non valet (licet enim cuique ex eo sine concessione huiusmodi aquam haurire & ducere) *l. quo minus. ff. de flumin.* vnde nec valebit tacita concessio itineris. *l. si sponsus. §. 1. ff. de don. int. vi. & vx. l. 3. C. Si pend. app. mors interu.* Verùm *d. l. 3. §. fin.* æquiter aduersatur *l. 2. ff Com. præd.* vbi dicitur, ius aquam hauriendi è flumine concedi posse. Resp. Hoc accipiendum est de flumine priuato, nam frustra & superuacuò conceditur aquæhaustus ex flumine publico. *d. l. 3. § vlt. Cuiac. lib. Obs. 3. c. 28.*

Tertiò repugnat assertioni *l. Vsumfructuarium 61. ff. de vsufr.* vbi dicitur, vsufructuarium inchoatum ædificium consummare non posse, etiamsi

aliter eo loco vti non poſſit. Reſp. Aut vſufructuarius toto iure vſusfructus vti non poteſt, niſi ædificium conſummetur, & tunc habet ius ædificium perficiendi, *arg.l.pen.ff.de vſufr.* Aut particulari area vel inchoato ædificio aliter vti non poteſt, & tunc non poterit ædificium inchoatum conſummare. *Coraſ. lib.1. Miſc.c.6.*

ASSERTIO V.

Inter ſeruitutes luminum, & ne luminibus officiatur, item altius non tollendi, nulla eſt differentia.

QVOD hæ ſeruitutes nihil inter ſe differant, euincitur ex *l.15. & 16. ff. de ſer. vrb.præd.* Quam enim I C. *in d.l.15.* appellat ſeruitutem, ne luminibus officiatur, eam mox in *ſeq. l.* vocat ſeruitutem luminum. Quòd verò ſeruitus altius non tollendi non differat à ſeruitute, ne luminibus officiatur, ex eo euidenter apparet, quòd ille finis & vſus eſt ſeruitutis altius non tollendi, ne vicini lumina obſcurentur. Cùm ergo vnus & idem vtriuſque ſeruitutis ſit finis & effectus, ſequitur, eas nihil inter ſe differre. *Pulchrè Cuiatius I C. eminentiſsimus lib.Obſ.17. cap.35.* vbi notat inter has ſeruitutes, ſcilicet luminum, & ne luminibus officiatur, nihil omninò intereſſe.

Obijcitur *l.4. ff. de ſeru. vrb. præd.* Vbi I C. definit primùm ſeruitutem luminum, poſtea autem per aduerſatiuam particulam ſubijcit, quid contineatur ſeruitute, ne luminibus officiatur. Reſp. Diuerſæ quidem formulæ & conceptiones ſeruitutis ibi explicantur, res tamen vtrobique eadem eſt. Nam ſeruitute luminum conſtituta id acquiſitum cenſetur, vt vicinus lumina noſtra excipiat, id eſt, ne lumina noſtra impediat. Dicitur enim lumina noſtra excipere, qui ea admittit, atque in ſuo conſiſtere patitur, denique qui nihil facit in ſuo, quo minus lumina noſtra vti ſunt, ita ſint *l.ſi ſeruitus 23. ff. de ſer. vrb. præd.* Seruitute autem conſtituta, ne luminibus officiatur, hoc acquiſitum cenſetur, ne vicinus lumina ædium noſtrarum obſcuret, vel ædificando, vel quo alio opere. *d.l.15.* Atque ita vtraque ſeruitus idem continet. Ita eleganter tradit *Donel. lib.11. Com.c.5.*

Secundò pugnat inter ſe in hac quæſtione *l. ædificia.12. & l.ſi arborem 17. ff. de ſer. vrb.præd.* Nam *in l.ædificia.* traditur, quòd qui debet ſeruitutem altius non tollendi, poteſt viridaria, id eſt, hortos arboribus conſitos ſupra eam altitudinem habere. Contra *in l. ſi arborem.* aſſeritur, quòd qui debet ſeruitutem, ne luminibus officiatur, non poteſt arborem ibi poſitam habere, qua officiatur luminibus vicini. Reſp. Ideò *in d.l. 12.* licet illi ſupra

upra suas ædes viridarium habere, quia promisit & adstrinxit se specia-
iter tantùm, ne ædes suas altius tollat. Aliud est, quando in genere quis
mposuit ædibus suis seruitutem altius non tollendi: nam ille neque al-
ius ædificando, neque arbores plantando potest quicquam facere, quo
fficiat luminibus vicini. Vel verius & melius responderi potest, quòd qui
ebet seruitutem ne altius ædes suas extollat, viridaria supra eam altitudi-
em habere potest, hoc est, loca herbis & plantis consita. Viridaria enim
ropriè sunt loca herbis & plantis, non vero arboribus consita. Atqui
rborem non potest ibi ponere, qui debet seruitutem ne luminibus vici-
i officiat, quia arboribus lumen etiam offuscatur & aufertur.

ASSERTIO VI.

eruitute simpliciter concessa, ei electio datur, cui concessa est, per quam partem fundi seruientis velit vti seruitute.

CVM generaliter alicui per fundum alterius seruitus, puta iter, actus, vel uia conceditur, domino prædij cui debetur seruitus, ius est eligendi, per quam partem velit vti seruitute. *l. si cui. 9. ff. de seruit.* Ratio
t, quia quando simpliciter seruitus per alicuius fundum cessa vel legata
t, non definita certa parte fundi, tunc totius fundus seruit ei, cui seruitus
uæsita est, vnde merito ei electio conceditur. Neque est in potestate
oncedentis seruitutem definire, per quam fundi partem eum cui seruitus
oncessa est, ire agere velit, alioqui totus fundus non seruiret.

Verùm grauiter cum *d. l. si cui. pugnat l. si via 26. ff. de ser. rust. præd.* Vbi di-
tur, seruitute per fundum legata, non tribui facultatem legatario per
uam partem fundi velit ire agere, sed nominatim heredi, per quam par-
m fundi velit seruitutem constituere. Resp. Ista electio non simpliciter
buitur heredi, sed sub ista conditione, si modò ex ea re nulla captio-
, nullóve incommodo afficiatur legatarius. Itaque simpliciter electio
nceditur legatario, per quam partem fundi eligat seruitutem, modo
stineat certis partibus fundi, villis scilicet, vineis. vel ædificijs, quæ ex-
pta sunt ab electione, per quæ loca non licebit illi seruitutem eligere.
generali enim sermone tacitè quædam excepta intelliguntur ex æquo
bono, licet nominatim expressa non sunt. Itaque non per villam ipsam,
c per medias vineas ire agere sinendus est, cùm id æquè commodè per
am partem fundi facere possit, minore fundi seruientis detrimento.
æc loca fundi à generali concessione seruitutis sunt exemta, ex senten-
& mente testatoris legantis aut contrahentium. Ratio est, quia non est

malitijs indulgendum, *l. in fundo 38. ff. de rei vend.* & ea eſt natura ſeruitutum, vt quis quod ſibi ſit commodum, acquirat. *l. quoties 15. ff. de ſeruit.* Itaque contra naturam ſeruitutum eſt, vt quis alteri tantùm noceat, dum ſibi non proſit. *l. 1. §. ſed & foſſas. ff. de aqu. plu. arc. Donel. lib. XI. Com. c. XIII. Charond. ad d. l. ſi cui 9. ff. de ſervit. Charondas. Libr. 1. Veriſimil. cap. 5.*

ASSERTIO VII.

Scientia aduerſarij in præſcriptione ſeruitutum deſideratur.

AD acquirendam quaſi poſſeſſionem ſeruitutum & aliarum rerum incorporalium, deſideratur vſus eius, cui ſeruitus acquiritur, & patientia aduerſarij. *l. vlt. ff. de ſeruit. l. 3. §. dare. ff. de vſufr. l. ſi ergo. XI. §. 1. ff. de Publ. act.* Cùm autem præſcriptio in incorporalibus ſine quaſi poſſeſſione non contingat, *l ſine. ff. de vſuca.* & illa quaſi poſſeſſio haberi nequeat ſine aduerſarij patientia, *l. 1. §. vlt. ff. de ſer. ruſt. præd.* ſequitur, & ſcientiam & patientiam eius contra quem præſcribitur, in vſucapione ſeruitutum requiri, quia patientia ſine ſcientia eſſe, & ſubſiſtere nequit. Ille enim pati tantùm dicitur, qui non ignorat, *l. qui patitur. 18. ff. Manda.* Hæc eſt communis DD. opinio, quòd ſcientia eius contra quem præſcribitur, in præſcriptione ſeruitutum opus ſit. A. qua nouè diſceſſit L*ongoual. in l. imperium. ff. de iuriſd.* vbi tradit, ſeruitutes etiam ignorante aduerſario vſucapi poſſe. Mouetur præcipuè *per l. vlt. C. de lon. temp. præſc.* vbi conſtituitur, præſcriptionem longi temporis, tam in rebus corporalibus, quàm incorporalibus, puta ſeruitutibus, non modò contra ſcientem, ſed etiam ignorantem procedere. Verùm probabilior & iuri magis conſentanea eſt communis DD. ſententia. Quam manifeſtè probat *l. 2. C. de ſeruit.* vbi dicitur, aquæductum longo tempore acquiri, ſi quis ſciente aduerſario aquam per eius fundum duxit. Idem ſtatuitur *in l. ſi à te 16. ff. Si ſer. vend.* vbi dicitur, ſeruitutem ſtillicidij immittendi ab eo legitimè quæſitam cenſeri, qui ſciente aduerſario hoc ius vſurpauit.

Sed graviter obſtat *d. l. vlt. C. de lon. tem. præſ.* quæ dicit, in præſcriptione ſeruitutum nullam expectandam ſcientiam vel ignorantiam aduerſarij. Reſp. ex ſententia Coraſij *ad l. ſeruitutes 14. ff. de ſeru.* quòd cùm ſeruitutes ſine titulo vſucapiantur, *l. ſi quis diuturno. ff. Si ſer. vend.* ne tot emergant circa vſucapionem ſeruitutum ſingularia, ideò placuiſſe legiſlatori, vt ſcientia eius contra quem præſcribitur, in præſcriptione ſeruitutum requiratur. Eo itaque caſu, qno ſeruitus cum titulo vſucapitur, ſcientia aduerſarij

rij non requiritur, quæ etiam in præſcriptione rerum corporalium non ſt neceſſaria, eò quòd in ea titulus requiratur. In quibus terminis *d.l. lt. loqui videtur.* Vide paulò aliter de hac quæſtione diſſerentem *Donel. b.*XI. *comment. c.*XII.

ASSERTIO VIII.

ter eſt ius eundi ambulandi hominis. Actus eſt ius agendi iumentum vel vehiculum. Via eſt ius eundi, agendi & ambulandi. Qui actum habet, & iter habet. Via & iter & actum in ſe continet.

HÆc omnia traduntur *in l.1.7.& 12.ff.de ſer.ruſt.præd.* Obijcitur, quòd ex definitione viæ appareat, quòd nihil amplius in via, quàm in actu continetur: ideòque nulla eſt inter actum & viam differentia, am actus eſt ius agendi iumentum vel vehiculum, atque actus iter quoue in ſe continet. Via quoque nihil aliud eſt, quàm ius eundi, agendi & mbulandi. *d.l.1.* Reſp. Differunt nihilominus actus & via, eò quòd dulicirer plus inuenitur in via quàm in actu. Nam primò qui habet viam, rahere lapides & trabes; & rectam haſtam ferre poteſt, dummodò non ædat fructus quæ non permittuntur habenti actum, *l. qui.ſella 7.§.1. & §. ui viam. ff. de ſer. ruſt. præd.*

Secundò differunt, quòd viæ latitudo deſignata eſt à lege, vt in porectum octo, in anfractum ſedecim pedes habeat; actus verò latitudo ncerta eſt, & determinatur vel à contrahentibns, vel ab arbitrio. *l. via.8. via 23. l. certo generi 13. §. latitudo. ff. de ſer. ruſt.* Poteſt etiam hoc modo reponderi, quòd ex proprietate & ſubſtantia viæ ſit, vt is qui viam habet, ehiculum ducere poſſit. *d.l. via.23.* Via enim à vehendo dicta eſt, quaſi eha. Atqui actu conceſſo, non eſt neceſſarium, vt per eum locum poſſit ehiculum duci: ſufficit ſiquidem habenti actum, vt iumentum ſolum lucere queat. *l.ſi tam anguſti 13.ff. de ſeruit.* Vnde in definitione actus vſus ſt IC. diſiunctiua particula, VEL, *in l.1.ff. de ſer. ruſt.* quòd actus ſit ius gendi immentum, vel vehiculum, eò quòd alterutrum ſufficiat.

Secundò opponitur, quòd qui actum habet, iter non habet, ſunt enim ctus & iter diuerſæ & ſeparatæ ſeruitutes, & actus poteſt eſſe ſine itinee. *l.loci corpus.§ 1.ff.Si ſer. vend.* Reſp. *Acc. in d.l.1.* Iter accipitur dupliciter: mprimis, vt eſt ſeruitus per ſe, deinde vt eſt commoditas quædam, quæ neſt ſeruituti actus. Qui igitur actum habet, iter non prout eſt ſeruitus,

ſed vti commoditas eſt, bene habet. Sed adhuc grauiter *obſt. l.1. ff. de adi. lega.* Vbi dicitur nunquam actum poſſe eſſe ſine itinere, ideoque qui actu legato iter adimit, nihili adimere videtur. Reſp. Dictum hoc eſt de itinere actus, ſeu de eo itinere, quo vtimur in actu ad agendum iumentum vel vehiculum. Abſque eo agi non poſſe iumenta aut currus, ac proinde ſine eo actum eſſe non poſſe, Liquidò apparet; Vnde fit, vt qui actu legato iter adimit, nihil adimere videatur, non hoc iter quod cum jumento coniunctum eſt, quia non poteſt adimi. Nec illud quod eſt ſine jumento, quia prius illud non Legauit, nec videtur quicquam adimi, quod prius non eſt Legatum. Ita eleganter & ſubtiliter tradit. *Donel. lib* XI. *commen. c.6.* De differentia itineris, actus & viæ, vide latius *Cuiac. lib. Obſ. 22. c.35. Duare. lib.1. diſp. c.31. Fabrum lib.1. coniect. c. vlt. Donel. lib.* XI. *com. c.* VI.

ASSERTIO IX.

Actio finium regundorum XXX. *annorum præſcriptione tollitur.*

EST hoc omnibus actionibus mixtis cum perſonalibus commune, vt XXX. annorum præſcriptione tollantur. *l.7. C. de pet. her. l. ſicut. C. de præſc. 30. an. l.1. §. 1. C. de ann. exc.* vbi expreſſè ſtatuitur, has tres actiones mixtas, ſcilicet familiæ erciſcundæ, communi diuidundo, & finium regundorum, XXX. annorum præſcriptione extingui. *tex. eſt rotundus in l. vlt. C. Fin. reg.* vbi expreſſè ſancitur, quòd actio finium regundorum, non ſpacio longi temporîs, ſed XXX. tantùm annis tollatur, à tempore ſcilicet turbationis finium.

Sed obiicitur *l.2. §. ſed ſi fundus. & l.7. §. x. ff. Pro emp.* vbi traditur, quòd ſi quis fundi ampliores fines, quàm ad ſe pertinebant, longo tempore poſſederit, quòd eos legitimè vſucepiſſe cenſeatur. Reſp. Iſtæ leges ſunt accipiendæ, quando quis ampliores partes terræ poſſedit ex fundo vicini, quàm efficiunt fines agri, tunc enim quia non de finibus tantùm eſt quæſtio, ſed de proprietate partis fundi, longi temporis præſcriptio locum habet.

Secundò grauiter aduerſatur. *l. quinque pedum. C. Fin. reg.* vbi dicitur ſubmotam eſſe quinque pedum præſcriptionem in iudicio de finibus regundis. Ergo nulla etiam longiſſimi temporis præſcriptione hoc iudicium elidi poteſt. *Hæc l.* cum Alciato eſt interpretanda, quòd ſpacium quinque pedum inter confines agros aratorios eſt relinquendum, quo ire agere vterque dominus poſſit, item aratrum circumduci. Hoc ſpacium quinque

quinque pedum vſucapi lege XII. tab. prohibetur. Si verò vltra quinque pedes lis mouetur de finibus terræ, tunc locus eſt iudicio finium regundorum, cui tamen XXX. annorum ſpacio præſcribitur, ſi tam diu vicinus quietè limites agri ſui poſſederit. Ita not. *Alcia. in comment. ad d. l. quinque pedum. C. Fin. regund. Adſtipulatur Cuiac. ad tit. C. de præſc. 30. vel 40. an. & ad l. 4. vlt. ff. de Vſucap. VVeſemb. ad tit. C. Fin. regund. nu. 7. & in paratit. ff. eo tit. nu. 2. Facin. lib. 8. contro. iur. c. 35.*

ASSERTIO X.

Tria iudicia diuiſoria rectè dicuntur actiones mixtæ, tam in rem, quàm in perſonam.

QVOD hæc tria judicia diuiſoria, ſcilicet actio familiæ erciſcundæ, finium regundorum, & communi diuidundo, mixta ſint, id eſt, tam in perſonam, quàm in rem, probatur ſatis euidenter *in §. quædam. Inſt. de act.* vbi dicuntur, hæc tria iudicia mixtam cauſam obtinere. Sic actio familiæ erciſcundæ propriè dicitur actio in rem, reſpectu partis hereditatis, quæ ad coheredem petentem pertinet, quia coheres vindicat rei ſuæ dominium, ſcilicet portionem hereditatis ad ſe pertinentem. In perſonam verò dicitur, reſpectu portionis alterius coheredis. Nam in diuiſione neceſſe eſt alteri coheredi attribui pro diuiſo, quod alterius coheredis erat proprium pro indiuiſo. *l. non poſſumus. ff. Si pars her. pe.* Præterea quando res communes non poſſunt commodè diuidi, tunc iudex poteſt ſingulis heredibus res ſingulas hereditarias, vel uni ex conſortibus totam rem communem adiudicare, eumque viciſſim coheredi in certo precio condemnare. *l. ſi familiæ 55. ff. Fam. erciſ.* Propter has adiudicationes hæ actiones dicuntur in perſonam. Vnde & traditur iudicium familiæ erciſcundæ conſtare ex rebus, & perſonalibus præſtationibus. *l. Item Labeo 22. § familiæ. ff. Fam. erciſ. l. 4. § 3 ff. Com. div. fa. l. ſi quis cum. 19. ff. Com. div.* vbi dicitur, quod magis ex re in quam impenditur, quàm ex perſona ſocii naſcitur communi dividundo actio.

Obijcitur primò huic enuntiationi *l. 1. ff. fin. reg.* vbi dicitur, quòd actio finium regundorum ſit in perſonam. Reſp. Hæc lex magis confirmat noſtram ſententiam, quia tradit *IC. in d. l. 1.* quod hæc actio in perſonam ſit, licet pro rei vendicatione ſit. Ex quibus verbis colligitur, quod mixtam cauſam hæc actio obtineat, id eſt, in rem, & in perſonam. Nam quatenus quiſque fines ſuos vendicat, eatenus actio finium regundorum ſit in rem, & cauſam habet ex dominio. Quatenus vero iudex agri fines

fines commodè dirimere nequit, nisi aliquam portionem ex vicini agro adiudicet vicino, facta vicissim ei in pretio condemnatione, eatenus in personam est actio. *l.2.3. & 4.ff. Fin. regund.*

Secundò contendit Iason probare *in d. §. quædam. Inst. de action.* nullas esse mixtas actiones in rem & personam, hoc argumento, quòd duæ contrariæ species in vno indiuiduo non possint concurrere. Atqui actiones personales & reales sunt contrariæ, ergo non possunt in eodem subiecto simul consistere. Resp. *Zaz. ad d. §. quædam.* optimum quandoque ex contrarijs fieri temperamentum. Nam & quatuor contrariæ complexiones & humores resident in corpore humano, & tamen ex his componitur homo. Itaque non est absurdum, quòd ex duabus contrarijs qualitatibus tertia species constituatur.

Tertiò has tres actiones esse in personam duntaxat, ac non in rem, & proinde nec mixtas, conuincitur hoc argumento, quòd actio in rem nunquam datur possidenti, quem quidem constat possidere, & qui se pro tali haberi velit. *l.1. §. pen. ff. Vti poss. §. æquè. Inst. de act.* At iudicium familiæ erciscundæ datur etiam possidenti. *l.1. in verb. quæ quidem actio. ff. Fam. ercis.* Ergo non est actio in rem, sed in personam tantùm. Resp. Hæc argumentatio procedit in actionibus, quæ in solidum & merè sunt reales, non vero in mixtis. At hæ actiones dicuntur in rem, quatenus quisque rem suam petit; quatenus vero ex diuisione adiudicatur vni coheredi pars alterius, eatenus sunt actiones personales. Præterea in quantum agitur ad personales præstationes, vtputa cùm contra vnum coheredem vel socium, qui communem hereditatem, vel alia bona communia solus possedit, agitur ad fructus, aliaque commoda ex hereditate percepta communicanda: item ad damna in communibus bonis illata, resarcienda: eatenus sunt actiones personales. Atqui actiones in personam, etiam dominis licet possidentibus rem petitam competunt. *Dissentit. Faber lib.20. coniect. c.10.* vbi asserit nullas actiones esse mixtas in rem, & in personam. Quod autem *in §. quædam. Inst. de actio.* asseritur, quasdam actiones esse mixtas, & ideo sic dictas, quod tam in rem, quam personam sint, vult posteriora illa verba, tam in rem, quam in personam, esse irreptitia, & ideo delenda. Porro ideo statuit has actiones dici mixtas, quod in ijs vterque sit actor & reus, qua ratione etiam iudicia duplicia dicuntur. *l. actionis 37. §. mixtæ. ff. de obl. & act.* Nam cum in ijs iudicijs par sit causa omnium Litigatorum, vterque in ijs dicitur actor, vterque reus, & hoc demum sensu contendit has actiones propriè dici mixtas. *l. iudicium 10. ff. Fin. regund. l. inter coheredes 44. §. qui familiæ. ff. fam. ercis.* Dissentit quoque *Donel. ad d. § .quædam 20. nu. vlt. Inst. de actio.* vbi probare intendit hæc tria iudicia divisoria non esse actiones

mixtas,

ixtas, sed revera esse in personam tantum, non in rem, verum rationes
lius sunt admodum frivolæ, & argumenta valdè levia, quibus in præ-
ictis satis plenè & solidè à nobis est responsum.

ASSERTIO XI.

amiliæ erciscundæ actio semel tantùm intentari potest, & si quid indiuisum remanserit, communi diuidundo agetur.

HÆc *decisio* ijsdem ferè verbis traditur in *l. filia. 20. §. familiæ ff. Fam. ercis.* Ratio est, quia hoc est vniuersale iudicium, quo vniuersum ius hereditarium in iudicium deducitur, ideoque semel intentatum on repetitur, sed de rebus cæteris, quæ indiuisæ relictæ sunt, agetur ommuni diuidundo. Sed huic sententiæ aduersari videtur *l. fundus 30. ff. am. erc.* vbi talis facti species proponitur: Ego & tu coheredes sumus, in ereditate fundus est, in quo est sepulchrum vtrique commune: volo di-idere fundum, vt certam partem nactus iusta faciam. Quæritur an agere ossim actione familiæ erciscundæ, de eo fundo diuidendo, in quo est ommune sepulchrum: & dicitur posse me experiri. Ergo & videtur de na re hereditaria posse agi actione familiæ erciscundæ. Resp. Ita demum rbiter in hoc iudicio datus, diuidet fundum, si & cætera corpora here-itaria communione eximat. Itaque cum cæteris rebus hereditarijs veniet ic fundus in diuisionem, non solus, quia de vna re hereditaria hoc iudi-io non agitur; sed eximendæ sunt simul & cæteræ communione. Hoc odo non obstabit *d. l. fundus, si modò legatur in ea l.* exemtis, id est, diuisis, t habent Pandectæ Florentinæ, non exceptis.

Posteriori parti thesis, qua dicitur, si in actione familiæ erciscundæ re-ctum quid sit indiuisum, agi posse communi diuidundo, adversatur *l. in oc iudicio 27. ff. Fam. ercis.* vbi dicitur, quòd iudex in omnium coheredum ersona debet facere condemnationes & absolutiones, & si in alicuius ersona quid fuerit omissum, tota sententia est irrita. Ergo non valet sen-entia iudicis in actione familiæ erciscundæ, si aliquid relinquatur indi-isum. Resp. Illa lex accipienda est de præstationibus personalibus. Ju-icium hoc constat partim ex rebus, partim ex personalibus præstatio-ibus. *l. item 22. §. familiæ. ff. fam. ercis.* De præstationibus personalibus iu-ex non rectè pronuntiat, nisi de omnibus, quæ specialiter in iudicium unt deductæ, pronuntiet: vt si vnus ex coheredibus fecit impensas in rem ommunem, damnabitur coheres, si probetur eas factas esse; sin minus, bsoluetur: si verò fructus aliquos ex hereditate percepit, ad eorum resti-

tutionem pro parte hereditaria cum coheredi condemnabit, nec quicquam horum omittet. Sed de rebus, id est, hereditatis diuisione rectè pronuntiat iudex, etiamsi aliquid indiuisum relinquat, quia res in iudicium deducuntur generaliter, non specialiter, & ideò facile est aliquid omittere. Hæc solutio probatur, quòd *I C. in d.l.27.* vtitur verbis condemnandi & absoluendi: nam præstationum personalium nomine iudex debet heredem condemnare: si verè probatum sit impensas esse factas, vel fructus perceptos, vel absoluere, si nihil probetur. Atqui rerum nomine fiunt adiudicationes & condemnationes, absolutiones verò non fiunt vnquam, sed cuique sua pars adiudicatur. Pulchrè *Cuiac. lib. Obs. 23. c. 1.*

ASSERTIO XII.

Diuisio hereditatis non retractatur, nisi læsio dimidiam iustæ portionis egrediatur.

SI læsio vltra dimidiam iustæ portionis partem in diuisione hereditatis interueniat, diuisio retractatur. Hæc est communis DD. opinio *teste Scurf. cent. 1. cons. 28. VVes. in Parat. nu. vlt. ff. Fam. ercis. Pinel ad l. 2. par. 2. num. 1. C. de resc. vend.* Comprobatur hæc sententia *per l. Lucius 39. ff. Fam. erc. l. 1. C. Com. vtr. iud.* vbi dicitur, quòd diuisio speciem emtionis obtineat: vnde sicut emtio rescinditur, si læsio dimidium iusti precij excedat, ita & diuisio. Nam quamuis remedium *l. 2. C. de resc. vend.* contra rem iudicatam non obtineat, *Ias. in l. si quis cùm aliter. ff. de V.O.* tamen quia non tam pronuntiatur super diuisione, quàm ex sententia diuisio auctoritate mandatoque iudicis suscipitur, ideò æquius videtur, hoc auxilium enormiter læsis non denegari. *d. l. Lucius.* Sin autem coheres infra dimidium suæ portionis in diuisione est deceptus, non retractatur diuisio.

Obijcitur *l. si soror 8. C. de collat.* vbi dicitur, si soror cum fratre diuisit hereditatem paternam, nec dotem contulit, iudex dotem conferri præcipiet, & restitui iubebit, quod amplius apud sororem sua portione esse deprehendet. Resp. Frater petendo collationem dotis, non venit contra diuisionem, sed tantùm petit sororem ad collationem dotis in diuisione omissam constringi, quam ex lege tenebatur communicare.

Secundò grauiter obstat *l. maioribus. C. Com. vtr. iud.* vbi admittitur rescissio diuisionis inæqualiter factæ, quomodocunque aliquis in diuisione læsus sit. Vnde videtur diuisio rescindenda, licet alter coheredum minus læsus sit, quàm in dimidia suæ portionis parte. Resp. Quòd maioribus dicitur subueniri in diuisione per fraudem vel dolum, vel per-

peram

pram facta, hoc intelligendum est, dummodò læsio dimidiam iustæ portionis excedat. Quod ratio generalis subiecta liquidò demonstrat, cùm dicitur: Quod enim in bonæ fidei iudicijs inæqualiter factum est, in melius reformabitur. Atqui nullum aliud in bonæ fidei iudicijs remedium extat, quo in contractibus læsio in quantitate precij rescinditur, quàm remedium. *l. 2. C. de resc. vend.*

Denique aduersatur *l. 3. C. Ex qu. ca. maio.* vbi dicitur, in contractibus bonæ fidei maioribus læsis officio iudicis subueniri. Vnde colligitur, quòd cùm restitutio in integrum detur ob modicam summam, eaque competat iudicis officio, *l. scio. ff. de rest. in int. l. quòd si minor. 18. §. fi. ff. de minor.* quòd diuisio rescindatur etiam ob minorem læsionem, quàm in dimidia portione. Resp. Officium iudicis ibi non intelligitur de extraordinario auxilio restitutionis in integrum, sed officium iudicis ibi appellatur, quod cohæret iudicijs diuisorijs, quod mercenarium iudicis officium DD. vocant. *Gl. in d. l. 3.* Non ergo propter aliam læsionem diuisio retractatur inter maiores, quàm quæ fit supra dimidiam suæ portionis. Quæ verior & receptior est DD. opinio, licet ab ea discedat *Molin. in consu. Pari rubr. 1. §. 154. Fachin. lib. 8. coutro. iur. c. 36.* Quod si inter minores 25. annis divisio hereditatis sit facta, atque vnus illorum etiam infra dimidium iusti pretij sit læsus, per restitutionem in integrum divisio retractabitur. *Text. est notab. in l. vlt. ff. Fam. ercis.* vbi dicitur, divisionem hereditatis factam inter coheredes extra iudicium, arbitro accepto, non revocari, nisi intercedat ætatis auxilium. Ideoque etiam inter minores 25. annis divisione facta, si vnus eorum etiam infra dimidiam læsus sit, divisio retractabitur. *facit l. penul. C. Fam. ercis. text. est notab. in l. penult. C. Com. divid.*

ASSERTIO XIII.

Nunquam actio negotiorum gestorum, & familiæ erciscundæ ex eadem causa concurrunt.

SI quis pro parte coheredis quid gessit in hereditate vel re communi, quæritur, qua actione id repetat? Et statuendum est, nunquam ex eadem causa posse concurre actionem negotiorum gestorum. cum actione familiæ erciscundæ, vel communi diuidundo: ideoque vt constet, vtra harum actionum competat, hæ duæ certissimæ iuris regulæ notandæ sunt. Prima est, Vbi quis quid gessit pro parte coheredum, quod potuisset pro sua parte tantùm gerere, competit actio negotiorum gestorum, non familiæ erciscundæ, vel communi diuidundo. *l. in familiæ 20 C.*

Fam. ercis. Secunda. Vbi quis communiter quid gessit etiam pro parte coheredum, quod nec aliter potuisset gerere, quia propter partem suam necesse habuit rem totam gerere, non datur negotiorum gestorum, sed familiæ erciscundæ, vel communi diuidundo actio, *l. his consequenter 18. §. vlt. ff. Fam. ercis. l. fistulas. §. pen. ff. de con. emp. l. si communes 40. ff. de neg. gest. l. 6. §. hoc autem, & § si damni duorum. ff. Com. diu.* Obijcitur *l. Mævius 52. §. 1. ff. Fam. ercis.* vbi seruus liber & heres esse iussus, tenetur coheredibus suis iudicio familiæ erciscundæ, nomine earum pecuniarum, quæ apud eum reliquæ sunt ex administratione rationum domini. Distingue. Aut seruus exegit pecunias domini post eius mortem, & tunc tenebitur heredibus eas communicare actione negotiorum gestorum, quia necesse non habuit heres ex parte scriptus, eas in solidum exigere, *l. eius qui. 41. ff. de re. cred.* Aut ante mortem domini exegit eas à debitoribus domini, & tunc sicut erant domini dum viueret, ita & illo mortuo hereditatis fient, ideoque familiæ erciscundæ iudicium coheredibus dabitur. *d. l. Mævius. §. 1.*

Secundò aduersatur *l. 3. C. de neg. gest.* in qua concurrunt in eadem causa actio negotiorum gestorum & familiæ erciscundæ. Resp. Diuerso respectu hæ actiones concurrunt. Nam coheres quòd pignus liberauerat, cuius causa est indiuidua, *l. 25. §. idem obseruatur. ff. Fam. ercis.* habet contra coheredes actionem familiæ erciscundæ, quia pro parte sua pignus liberare non potuit. Quod verò etiam ære alieno liberauit coheredes suos, cuius causa est diuidua, eatenus habet contra eos actionem negotiorum gestorum, quia pro parte sua à debito se liberare potuit. Ita tradit *Cuiac. in tract. ad Africa. ad l. eius qui 41. ff. de reb. cred. & lib. Obs. 26. c. 36.*

ASSERTIO XIV.

Heredes etiamsi XXX. *annos in communione steterunt, nihilominus possunt ad diuisionem prouocare.*

NOBILIS est quæstio, an si heredes XXX. annis in communione steterint, post tantum tempus possint à communione recedere. *Gl. cum suis, in l. 1. §. adhæc. C. de anna. excep.* putat actioni de diuidenda hereditate præscribi XXX. annis, ita quòd heredes, qui tandiu in communione steterunt, cogantur in ea permanere. Contra Martinus & Placentinus existimant post XXX. annos posse etiam liberè à communione recedi, & institui familiæ erciscundæ iudicium, vt diuidatur hereditas. Martini opinio communiter à D D. approbatur, sicut plerunque

nque eius opiniones in grauissimarum rerum controuersijs verissimas ſſe testatur *Olden. cl. 5. act. 8.* Defenditur hæc conclusio tribus præciuè argumentis. Primò, quia nascitur familiæ erciscundæ actio demum : voluntate coheredum diuidere volentium. *l. 1. ff. Fam. ercis. in verb.* roponitur hæc actio à communione discedere volentibus. Vnde non rius curret præscriptio contra hanc actionem, quam nata sit, hoc est, riusquam ab vno coheredum renuntiata fuerit communio. Secunò, quia contra possidentem non currit præscriptio. *l. malè agitur. C. de ræsc. 30. an.* igitur cùm vterque coheres possideat, durante communioe, non potest procedere præscriptio. Tertiò, quia per pactum non post tolli actio, quæ pro diuisione datur, pacto non potest effici, vt conortes perpetuò in communione perseuerent. *l. in hoc iudicio. §. si conueiat. ff. Com. diu.* ergo nec præscriptione hoc inducetur. *arg. l. nam satis. §. d si is. ff. Quem. seru. amit.* maximè cùm neuter coheredum præscribere ntendat, sed tanquam re communi vtendum putauit. *Ferra. in libel. pro ere. diuid.*

Non obstat *l. 1. §. adhæc. C. de anna. excep.* quæ ait xxx. annis actioi familiæ erciscundæ præscribi: quia additur in textu, ex quo hæc actio ata est, & competere incepit: nascitur autem hæc actio tum demum, ùm coheredes incipiunt ad diuisionem hereditatis prouocare. Vnde uàm diu liberè & volentes in communione persistunt, tamdiu non otuit nasci hæc actio. Pulchrè *Zaz. ad §. quædam. Inst. de action.* Vel esponde, quòd lex quæ vetat post xxx. annos iudicium familiæ erciscundæ intendere, habet locum, quando vterque coheres non possedit. Vnde si vnus coheredum solus vniversam hereditatem possedit, per xx. annos tunc coheredem agentem actione familiæ erciscundæ ad diisionem potest repellere xxx. annorum præscriptione. Hanc sententiam approbat *Fachin. lib. 6. contro. iur. c. 36. Sneidewi. ad §. quædam nu. 67. 68. 9. 70. & 71. Inst. de actio.* vbi notat hanc communem esse DD. opinioem, quod heredes qui xxx. annos in communione steterunt, possint iberè à communione recedere, & ad divisionem hereditatis provocare, ntentata actione divisoria familiæ erciscundæ. *Costal. ad d. l. 1.*

ASSERTIO XV.

Si conuenit, vt pecuniam quam mihi debes ex causa mandati, retineas mutui nomine, mutuum contrahitur.

SI conuenit, vt procurator, qui pecuniam mihi debebat ex causa mandati, in causam mutui eam retineat, conuertitur hæc conuentio in mutuum, ita vt ex mutuo rectè agi possit. *l. singularia 15. ff. de re. cred.* Et hoc singulariter receptum est, propter vsum pecuniæ creditæ, quo vita hominum carere non potest. Jure communi non contrahitur mutuum, nisi de meo fiat tuum. Jure singulari contrahitur mutuum, si nummos à te mihi debitos ex causa mandati, conueniat, vt retineas & vsurpes tanquam mutuos, licet pecunia nondum fuerit mea antequam eam tibi credidi. Hîc jure singulari fingitur pecunia ex mandato mihi debita, prius à te mihi numerata, & deinde à me tibi credita. & sic fictione breuis manus, celeritate coniungendarum actionum, vnus actus occultatur. *Ita in d. l. singularia*, argumentatur Vlpianus.

Verùm grauiter ab Vlpiano dissentit Africanus *in l. qui a negotia, ff. Manda.* vbi Africanus vult ex nuda conuentione non fieri pecuniam creditam: itaque non dicetur mutuum, si pecuniam quam mihi debes ex causa mandati, tibi creditam volo. Respondet *Cuiac. lib. Obs. 8. c. 8.* & in tractatu ad Afric. *in d. l. qui negotia*, quòd Africanus potius mero & subtili jure nitatur, quo re, id est, traditione propriæ pecuniæ, non nudo pacto mutuum contrahitur: sed Vlpiani sententia verior est, quæ æquitate & benignitate nititur: eaque *ex l. 6. C. Si cer. pet.* confirmatur. Nam ibi debitum ex causa venditionis non conuertitur in mutuum ex nudo pacto, ideò quòd contrahentes simularunt mutuum. Si itaque simulatio absit, erit mutuum ex pacto. Atque ita sumpto argumento à contrario sensu Vlpiani sententia hodie præualet: nec enim subtilitates iuris sunt probandæ à judicibus. *l. sicut. §. si debitori. ff. Qu. mo. pig. sol. l. si fideiussor. 29. §. quædam. ff. Manda.* vbi dicitur, quando de bona fide agitur, non congruit de apicibus juris disputare. Vel aliter responderi potest, quòd Africanus negat, quòd ex nuda & sola pactione mutuum contrahatur, sed requiratur præterea rei interuentus. Itaque ex nudo pacto effici non potest, vt ex mandato debitum sit mutuum. Contrà Vlpianus vult rectè pacisci posse, vt ex mandato debitum retineatur in mutuum, vt scilicet fiat mutuum non ex solo pacto, sed postquam pecunia ex mandato debita fuerit mutui causa contrectata, mota seu retenta. Fuit ergo *in d. l.* singularia, pecunia

cnia præſens & paraia ſolutioni. Quod inde apparet, quia IC. *in d. l. ſingularia.* vtitur his verbis, Si conuenerit, ut pecuniam ex mandati cauſa mihi debitam, crediti nomine retineas. Is retinere quid dicitur, qui jam habet, quod vult retinere. Contrà *in d. l. negotia*, res fuit acta inter abſentes & per epiſtolam, vnde nec pecunia videtur præſens fuiſſe, vel parata ſolutioni. Itaque pecunia in hac ſpecie nuda pactione credita fieri non poteſt. Ita ex communi DD. ſententia decidit *Donel. ad d. l. ſingularia. num. 25. 27. & 31.* Aliam ſolutionem vide *apud Iohan. Robert. lib. 2. ſent. Iur. c. 4.* Vide etiam de conciliatione prædictarum legum *Emanuel Zuarez lib. 1. Obſer. c. 4. Brcholt. c. 5. ad tit. de reb. cred. nu. 20.*

ASSERTIO XVI.

Licet pecunia depoſita ſit gratia accipientis, conuertenda in mutuum, tamen periculum caſus fortuiti non præſtatur.

SI pecunia gratia accipientis ſit depoſita, ſub hac conditione, vt ſi domum, vel prædia emiſſet, eſſet illi mutua, periculo eſt depoſitarij. Ita traditur *in l. 4. ff. de reb. cred.* Sed quia periculi nomen diuerſimodè in legibus accipitur, & modò damnum culpa datum ſignificat. *l. 5. §. commodatum. & §. ſeq. ff. Commo.* modò damnnm quod caſu fortuito contingit, *l. ſi gratuitam. §. 1. & 2. ff. de præſc. ver. l. 1. C. Commo.* dubitant interpretes, de quo periculo teneatur depoſitarius hoc caſu. Ioan. antiquus gloſſator, & eum ſecuti Decius, Molinæus & *Donel. in d. l. 4.* exiſtimant eum de caſu fortuito teneri, ex hac ratione, quòd hoc depoſitum naturam mutui ſapiat, in quo præſtatur caſus fortuitus à debitore. *l. incendium. C. Si cert. pet.* Pro hac ſententia adfertur etiam *l. rogaſti. 11. ff. de re. cred.* vbi deciditur periculum eſſe depoſitarii, ſi quis lancem vel maſſam apud eum depoſuit, vt eam venderet, & nummis vteretur, ſi ea ſine culpa eius perierit.

Alii affirmant hunc debitorem de leuiſſima tantùm culpa teneri, non de caſu fortuito. Quam ſententiam ſequuntur Azo, *Bart. Caſtren. Zaz. & Gl. ad. d. l. 4.* quibus ſuffragatur. *Fachin. lib. 2. contr. iu. c. 70.* Quæ ſententia mihi ſanior & probabilior videtur. Et primo hac ratione probatur, quod dominium rei depoſitæ ad deponentem pertinet, antequam depoſitarius ea vtatur, periculum autem caſus fortuiti ad dominum ſpectat, *l. pignus. C. de pig. act.* Secundo confirmatur *ex l. 1. §. ſæpè ff. depo.* vbi dicitur, quod depoſitarius qui depoſito ſe obtulit, periculo ſe obligauit,

obligauit, & tamen de culpa leuissima tantùm tenetur, non verò de casu fortuito.

Hac sententia pro certo posita, ad argumenta contraria facilè responderi potest: & primò, quod dicitur periculum aliquando significare casum fortuitum, hoc non obtinet in deposito, in quo periculi appellatione venit tantùm culpa leuissima, *d. §. sæpè.* Secundò non obstat, quod dicitur depositum hoc in casu gratia mutui factum, & ideò sapere naturam mutui: nam antequam depositarius ea pecunia vtatur, manet depositum, & non potest dici mutuum, *l. 1. §. si pecunia. ff. depo.* Ideoque quoniam ipsius depositarij gratia fit depositum, tenetur de culpa leuissima, non autem de casu fortuito, sicut in alijs etiam contractibus, qui accipientis tantùm causa fiunt, leuissima tantùm culpa venit. *l. 5. §. commodatum. ff. Commo.* Denique *ad d. l.* rogasti, respondent DD. quod ibi dicitur rem sine culpa perijsse, accipiendum est de culpa lata vel leui, non autem leuissima. Præterea potest dici IC. ibi non loqui de deposito, sed de re data vendenda, vt ptetio ex re vendita redacto venditor vteretur. Nam in deposito nunquam periculo casus fortuiti obligatur depositarius. *d. l. 1. §. sæpè.*

ASSERTIO XVII.

Debitum particulariter solui non potest, ex communi DD. sententia, contra ALCIATVM, *&* CORRASIVM.

MVLTIS legibus traditur debitum pro parte solui posse, *l. si stipulatus 9. §. qui decem. ff. de solu. § item per acceptilationem. Inst. Qu. mo. tol. obl.* Quod tamen accedente creditorum consensu intelligendum esse, rectè Accurs. & communis interpretum Schola docet, cùm inuitus creditor, vt partem debiti accipiat, cogi non possit. Hinc si pars debitæ pecuniæ offeratur & obsignetur, ne pro parte quidem liberatio contingit. *l. tutor 41. §. Lucius. ff. de vsur.* Vnde Impp. Valentinianus & Valens emphyteuticariorum & patrimonialium fundorum possessoribus singulariter indulserunt, vt particulatim canonem soluere possent. *l. placuit C. de coll. fund. patr. lib. XI.* Quod ad priuatos extendi non debet, idque æquitatis ratione, cùm partium exactio & solutio magna adferat incommoda. *l. planè. ff. Fam. erc. Costal. ad l. quidam. ff. Si cer. pet.* Pulchrè *Fachin. lib. 10. contro. iur. cap. 59.* vbi egregiè tuetur & defendit communem DD. sententiam, quod creditor invitus non cogitur accipere solutionem partis debiti. Quã sententiam etiam eleganter defendit. *Godæus ad l. minus 31. ff. de V. S.*

Secundò

Secundò hanc sententiam confirmat, quod Paulus scribit, fauore li-
ertatis cogendum esse heredem, vt decem per partes accipiat, quæ ser-
us heredi dare à testatore iussus est. *l. cùm heres. §. item si decem. ff. de statulib.*
uorsum enim hoc fauore libertatis receptum esse Paulus scriberet, si
eneraliter partis solutio inuito creditore fieri posset? Vnus tamen casus
otandus est, quo debitum pro parte solui potest inuito creditore: quan-
o nimirum debitor partem pecuniæ in iudicio petitæ se debere profite-
ur, partem verò negat: tunc enim Prætor petitorem cogere potest, vt
artem confessatam accipiat, & partem negatam iudicio persequatur, id-
ue litium diminuendarum gratia. *d. l. quidam. l. 8. ff. Si pars her. pet.*

Ab hac communi verissima & æquissima sententia primus omnium
ost Decium recessit Alciatus *in d. l. quidam*, & solutionem debiti diuisio-
em recipientis, inuito creditore particulatim fieri posse docuit. Idem
tiam conatur adstruere *Corras. ad l. 2. §. & harum. ff. de verb. oblig.* Idque au-
toritate *tex. l. 2. in princ. ff. de V. O.* vbi dicitur, stipulationem certæ speciei
el quantitatis recipere partium præstationem. Sed respondendum est,
oc ita accipiendum esse, quòd hæ res in stipulationem deductæ pro
arte solui & præstari possint, si accedat creditoris consensus: vti ex com-
uni DD. opinione locus ille à DD. rectè explicatur.

Obijcitur secundò quòd creditor potest debiti partem petere etiam
b inuito debitore. *l. in commodato. 17. §. duabus. ff. Commo.* Ergo etiam in
ebitore admittetur particularis solutio, cùm correlatiuorum eadem sit
atura, maximè quòd pro debitore faciat fauor liberationis. Resp. Ar-
umentum à correlatiuis non procedit, quando diuersa est correlatiuo-
um ratio. Atqui hoc axioma, quòd creditori inuito non possit per par-
es solui, introductum est in fauorem creditoris. *l. 3. ff. Fam. ercis.* Ius au-
em non patitur, vt quod in favorem alicuius comparatum est, in odium
ius retorqueatur. *l. nulla. ff. de legib.*

Tertium argumentum. Permissum est singulis heredibus debitoris,
artem debiti hereditarij, in quam successerunt, soluere. *l. 2. C. de her. act.*
1. C. Si cer. pe. Ergo & ipsi debitori partem debiti inuito creditore præ-
tare licebit: non enim ex persona heredum obligationis conditio immu-
ari debet. *l. 2. §. ex his. ff. de V. O.* Resp. Ideò heredibus debitoris pro parte
ereditaria debitum præstare permittitur, quia ipso iure & lege 12. tab.
es alienum defuncti pro portione hereditaria inter singulos heredes di-
iditur. *l. pacto. 26. C. de pact.* Idque ideò receptum est, quia heres vltra suam
ortionẽ non est heres, ideoque nec vltra eam portionẽ vt heres tenetur.

Quartò adversatur *§. item per acceptilationem. vers. sicut. Inst. Qu. mo. toll.*
bl. vbi dicitur, quod debetur, pro parte rectè solvi potest. Resp. Hoc ita

intelligendum est, si accedat consensus creditoris. Quod declarat similitudo in textu posita inter solutionem & acceptilationem. Sic enim inquit Imperator. Sicut quod debetur, pro parte rectè soluitur, ita pro parte debiti acceptilatio fieri potest. Itaque quemadmodum acceptilatio non rectè concipitur, nisi cum creditoris consensu, ita & solutio particularis rectè fieri nequit. nisi accedente creditoris consensu. *l. tutor. 41. §. Lucius. ff. de Vsur.* Ratio est, quia solutio debiti particulariter inuito creditore facta maxima secum trahit incommoda. *l. 3. ff. Fam. ercisc.*

ASSERTIO XVIII.

In solutione monetæ inspiciendum est tempus contractus mutui, quanta tunc æstimatio pecuniæ fuerit, nisi debitor in mora sit.

QVANDO quæritur, cuius temporis æstimatio haberi debeat in solutione pecuniæ mutuatæ, dicendum est, quòd inspiciendus est valor, qui erat tempore contractus, non autem solutionis. *c. olim causam. ex. de censib.* Duo tamen casus principales sunt distingueudi. Aut debitor fuit in mora soluendi, aut non. Primo casu augmentum nummorum spectat ad creditorem. Ratio est, quia si datum esset, hoc haberet creditor: quoniam verò non dedit debitor, saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit. *l. si sterilis. §. cùm per venditorem. ff. de act. emp.* Idem dicendum de diminutione, vt si tempore contractus pluris pecunia æstimabatur, & post moram diminuta sit æstimatio, teneatur debitor valorem tempore contractus vsitatum reddere. *l. 3. ff. Si cer. pet. l. 3. §. ult. ff. de act. emp.* Ita de facto obseruari, & in curia Parisiensi iudicatum esse refert. *Costal. ad l. res in dotem 42. ff. de iu. dot.* Pulchrè *Guido Papæ quæst. 494.* vbi notat hanc sententiam iudicando obseruari. Altero casu, quando in mora non fuit debitor, liberatur soluendo tantæ summæ æstimationem, quantam accepit, & nummorum incrementum pertinet ad debitorem. Ratio est, quia in mutuo datur facultas debitori pecunia ad aliquod tempus vtendi: solemus enim per mutuum subuenire necessitatibus & commodis proximi egeni: ideoque mutuo accipiens debet commodum aliquod percipere ex officio mutuationis: neque statim repetenda est pecunia mutuata: Vnde debitor interim non censetur in mora soluendi: creditor enim omnem medij temporis vtilitatem ei concedit. Quare si interim valor pecuniæ augeatur, non spectabit hoc ad damnum debitoris, sed liberatur, si in eadem

eadem bonitate nummos reddat, qua tempore contractus valebant, .ff. Si cer.pet. vbi dicitur debitorem liberari, si eadem bonitate mutuum luat, qua accepit. fa. l. Rutilia. Polla. ff. de cont. emp. vbi dicitur, in contractibus eam æstimationem inspiciendam esse, quæ fuit tempore contractus. Ita tradunt Hotom. in tract. de Vsur. lib. 1. c. 5. Brisso. lib. 1. de solut. Econtrà si valor pecuniæ decreuit, supplere debet debitor, vsque ad valorem ui erat tempore contractus. Ratio huius decisionis æquissima est, quia ui mutuatur pecuniam, ideò eam accipit, vt statim expendat, & in us suos conuertat: igitur eo valore reddi debet pecunia, quo ad manus ebitoris verè peruenit, & in vtilitatem suam expensa est. Nec attendi r, quòd impos ititius valor monetæ creuit, vel decreuit, cùm mutuum contrahatur, nec alia maior vel minor quantitas reddenda sit, quàm rè mutuata est. Accuratè Molin. in tract. vsur. quæst. 92. num. 701. 710. & 711. bi dicit, hanc opinionem verissimam esse, & in legali æqualitate funatam. VVesem. ad tit. Si cer. pet. Mins. cent. 4. Obs. 1.

Obijcitur prædictis l. cùm certum 9. ff. de au. & arg. leg. vbi dicitur, quòd si gatum sit certum pondus auri vel argenti, soluendum esse pretium seu timationem, secundum valorem præsentis temporis, hoc est, vt Gl. & D. ibi interpretantur secundum tempus solutionis. Resp. Cùm quæritur, uius temporis æstimatio in soluendo legato pecuniæ attendi debeat, mpus præsens, hoc est, testamenti inspiciendum est; & secundum ild æstimatio pecuniæ legatæ soluenda est. Regula enim vulgaris in l. si 17. ff. eo. & l. vxorem 41. §. testamento. de legat. 3. tradita extat, quòd in legatis rba in dubio referri debeant ad tempus testamenti. Ita eruditè d. l. cùm rtum, declarat. Pinel. in rub. C. de resc. vend. par. 1. c. 3. num. 22. Vide Andr. Gail. .2. Obs. c. 73. Boer. decis. 327. Dissentit Leoninus eruditissimis & acutissimus ICtus. ncellarius Geldriæ cons. 31. qui vult, quod in mutuo inspiciendus sit valor cuniæ, qui fuit tempore solutionis.

ASSERTIO XIX.

In æstimatione rei petitæ, in strictis iudiciis tempus litis contestatæ spectandum est; in bonæ fidei iudicijs tempus rei iudicatæ.

FVNDATVR & stabilitur hæc assertio in l. vinum. ff. Si cer. pet l. 3. §. in hac. ff. Commo. l. vlt. ff. de cond. trit. in stricti iuris iudiciis nullum tempus aptius visum est, quàm id quo lis contestatur. Itaque in his præstabitur ea

æſtimatio, quæ fuit à tempore moræ, vſque ad litis conteſtationem. *d. §. in hac. & d. l. vlt.* Ex eo enim tempore pendet iudicis poteſtas, ita vt fructus & vſuræ debeantur in his iudicijs à lite conteſtata. *l. cùm fundus 31. ff. Si cer. pet. l. videamus. ff. de vſur.* In bonæ fidei iudicijs conſideratur tempus condemnationis, quanti ſcilicet res plurimi fuit à mora vſque ad ſententiam. *l. 3. §. ſi per venditorem. l. ſi ſterilis. §. cùm per venditorem. ff. de act. emp.* Ratio diuerſitatis eſt, quia in bonæ fidei contractibus petitur, quod iudex arbitrabitur ex bono & æquo dari oportere: atque ita litis æſtimatio refertur ad tempus rei iudicatæ. *§. in bonæ fidei. Inſt. de act.* At in ſtrictis iudicijs tempus litis conteſtatæ inſpicitur, quia in his iudex eſt arbitrij ſui impos, & ſtrictè petitioni actoris deſeruire tenetur. Itaque in ſtrictis actionibus ratio æſtimationis à tempore moræ habebitur vſque ad litem conteſtatam.

Multa huic concluſioni aduerſantur: nam *in l. penul. ff. de cond. tritic.* traditur in ſtricti iuris iudicijs tempus moræ vel condemnationis ſpectandum. Præterea grauiſſimè obſtat *l. 8. §. 1. ff. de cond. furt.* vbi dicitur apertè, non ſolum furem, ſed omnem eum qui moram fecit, teneri in id quanti plurimi fuerit res à tempore moræ, vſque ad ſententiam, & tamen condictio furtiua eſt ſtricti iuris. Reſp. Illæ leges nihil huc pertinent: nam in ijs non agitur de quantitatibus vel rebus fungibilibus debitis, puta vino, oleo vel frumento, de quibus hæc aſſertio eſt accipienda; quarum rerum æſtimatio pro locorum & temporum varietate mutatur: ſed de certa ſpecie debita, vtputa de homine mortuo, vel vulnerato ibi quæritur: Qua ſpecie extincta vel deteriori reddita propter moram debitoris, eius temporis æſtimatio ſpectatur, quanti vnquam res plurimi fuit à tempore moræ vſque ad ſententiam. *d. l. pen. Hotom. illuſt. quæſt. 16. Donel. ad l. quoties 59. num. 11. ff. de V. O.* Eleganter *Cuiat. ad. l. hominem 37. ff. Manda. in tract. ad Afric.* vbi inquit, quod nullus ſit hodie vel advocatus, vel iudex, vel I C^tus^, qui non hæreat, maneatque ſuſpenſus, quoties tractatur de intellectu, *d. l. vinum.*

Secundò obijcitur *l. 3. §. vlt. ff. de act. emp.* vbi dicitur, quòd æſtimatio ea præſtanda eſt, quanti contractus tempore res valebat, ſi vinum venditum non tradatur à venditore. Reſp. Ibi tempore contractus ſtatim intelligitur mora eſſe commiſſa. Eò enim quòd emtor paratus eſt à ſua parte implere contractum, & precium ſoluere, ſtatim venditor in mora conſtituitur, ſi rem venditam non tradat. *l. Iulianus. §. ex vendito. ff. de act. emp.*

Tertiò opponitur *l. cùm quis. 22. ff. de obl. & act.* vbi dicitur, ſi quis ſtipulatus ſit mercem in certum diem, & accepit fideiuſſorem, quòd æſtimatio reducenda ſit ad tempus, quo ſatis accepit. Reſp. Hæc *l.* ita accipienda

nda est, quòd fideiussor teneatur ad ejus temporis æstimationem
pestandam, quo merx solui debuit. Sicut enim eo loco censetur quis
cntraxisse, in quem solutio collata est, *l.3.ff.de reb.auct.iud.poss.l. contraxisse.*
ff. de obl. & act. Sic etiam simpliciter fideiubens, in id tempus censetur so-
lionem contulisse, quo principalis debitor soluere tenebatur. Itaque
feiussor præstabit eam æstimationem mercis, quanti eo tempore valuit,
qo debitor promiserat se soluturum; non verò quo tempore fideiussit:
qia fideiussor non potest in duriorem causam obligari, quàm principa-
l. *l. Græcè. §. illud. ff. de fideius.*

Quartò opponitur *l. fundum 28. ff. de novat.* vbi dicitur, fundo promisso,
eque sine culpa debitoris meliore vel deteriore facto, præsentis tempo-
r æstimationem deberi. Resp. Per tempus præsens non intelligitur tem-
ps præteritæ æstimationis, quæ fuit tempore stipulationis, sed quanti res
e tempore litis contestatæ, nisi post moram promissoris fundus deterior
ftùs est, hoc enim casu ad tempus moræ refertur æstimatio. *l. homi-*
nn. 37. ff. Manda.

Quintò obstat *l. hominem. ff. Manda.* vbi dicitur in actione mandati, qua
git fideiussor, qui pro reo seu debitore hominem solvit, spectari tempus
slutionis, non tempus litis contestatæ, vel condemnationis Resp. Hoc
feciale est, in actione mandati, vt spectetur tempus solutionis. Nam actio
randati tantum datur in id, quod abest, absuturumque est eo nomine
ttori. Atqui id tantum abest fideiussori agenti actione mandati, quo dig-
ns fuit servus solutionis tempore, non id quo postea dignior factus est,
& si fortè servus postea depretiatus fuerit, non ideò minus fideiussor
onsequetur. Vel vt clarius dicam. Cum mandatarius neque lucrum, ne-
ie damnum ex negotio, quod pro alio suscepit, sentire debeat. *l. idem-*
ie 10. §. 1. & sequ. l. ex mandato 20. ff. Manda. præcisè inspiciendum est, quid
absit. *l. inter 26. §. abesse. & §. præterea. l. si verò 12. §. si mihi mandaveris. l. si quis*
cui 27. §. impendia. ff. d. t. Quod non melius sciri potest, quam si ad id tem-
is, quo mandatarius pro mandante solvit, æstimatio referatur, licet eo
mpore nulla mora, nulla litis æstimatio, aut nulla condemnatio facta
erit, quia non aliter indemnis mandatarius præstari posset. Ita eleganter
ispondet *Anto. Faber acutissimus* ICtus *in C. Fabria. ad tit. Si cer. pet. definit. x1.*
lib. XVI. *conіect. cap.* VII. *&* IX.

ASSERTIO XX.

Pro vino vel frumento mutuato reddi non potest æstimatio vel pecunia inuito creditore.

PROBANT & sequuntur hanc sententiam DD. *in l. 2. §. 1. ff. Si cer. pet* vbi Alciatus & Zazius testantur eam esse communem DD. opinionem. Ratio perspicua est, quia in mutuo debet idem genus quod datum est, reddi. *d. l. 2.* sed frumentum & pecunia sunt diuersi generis, cùm aliud sit merx, aliud pretium. *l. 1. ff. de con. emp. l. 1. ff. de re. permu.* Ergo in mutuo non poterit vnum pro alio reddi.

Contraria fuit opinio Iacobi de Arena & Curtij *in d. l. 2. §. 1.* Mouentur primò *ex l. vinum. ff. Si cer. pet.* vbi expressè dicitur quòd pro vino mutuo dato soluitur æstimatio. Sed respondetur, quòd ideò ibi præstatur æstimatio, quia debitor fuit in mora: quo factum est, vt vinum iam non sit eiusdem bonitatis, cuius erat tempore contractus, ideoq́ue necessariò deuenitur ad æstimationem vini. Et si velit creditor, potest obdurare, & postulare in iudicio, vt res ipsa mutuò data, hoc est, ipsum vinum mutuò datum, sibi soluatur in eodem genere. *l. vbi autem. §. fin. ff. de V. O. VVesem. ad tit. de re. credit. num. 12.*

Secundò obijcitur *l. si quis stipulatus 57. ff. de solu.* vbi dicitur, si stipulatus fuero à te decem in melle, liberum esse promissori vel decem, vel mel soluere. Ergo idem in mutuo dicendum, si mutuo frumentum alicui, posse etiam æstimationem solui. Resp. Quòd mel ibi non erat in obligatione, sed in solutione tantùm, vt ibi Bart. notat, quia stipulatus fueram decem aureos, vel pro pecunia mel, vt tu possis ista decem in melle dare: at in mutuo frumentum est in obligatione & solutione. *d. l. 2. inprin.* Ideò debitor præcisè cogi potest ad frumentum reddendum.

Tertio refragatur *l. si ita 42. ff. de fideius.* arguendo à contrario sensu rationis ibi redditæ. Nam cùm ibi statuatur non posse pro debitore pecuniæ accipi fideiussorem in tritico: addita ratione, quia pecunia non æstimatur merce, colligitur à contrario sensu, pro debitore frumenti, fideiussorem in pecunia acceptum efficaciter obligari, quia per pecuniam omnia æstimantur. Resp. Mutuato frumento accipi potest fideiussor in pecunia numerata, eo casu, quo principalis debitor ad pecuniam quoque tenetur, id est, cùm est in mora. *iuxt. d. l. vinum.* Vel responderi potest, quòd ille tex. probat hanc opinionem à contrario sensu, qui sumi non debet, quando legum correctio inde sequitur. *Bald. in l. conventicula. C. de episc. &*

epi. & cler. Præses Euerar. in loco à contrario sensu: quod est in casu nostr, cùm ex eo corrigatur *d.l.2. in princ.*

Quarto, pro contraria sententia adfertur, Quoties duo æquipollent, nō refert, quid ex eis fiat. *l. mulier. in prin. ff. ad SC. Treb. l. si mater. C. de inst. & subst.* Præses Euerar. in loco ab æquipoll. Sed frumentum & eius æstimatio æquipollentia sunt: quia æstimatio vice rei fungitur. Ergo non refert, vtrum frumentum, an æstimatio soluatur. Resp. Tunc æstimatio vice rei fungitur, vbi res solui non potest. *fa. l. si non sortem. 26. §. libertus. vers. & interdum ff. de cond. ind.* sed nos loquimur, quando solui potest frumentum, tunc non videtur esse locus solutioni æstimationis. Secundò responderi potest, quod procedit hæc argumentatio in alijs contractibus, non in mutuo, in quo debet idem genus reddi, non diuersum. Itaque opinio Iacobi de Arena nulla nititur ratione vel lege, cui responderi non possit. Eruditè & copiosè *Tobi. Nonius ad tit. Inst. Qu. mo. re cont. obl. num. 28.* vbi notat, hanc opinionem, quod pro vino mutuato, non possit inuito creditori reddi pecunia, vel æstimatio, communiter DD. sequi & amplecti.

ASSERTIO XXI.

Cùm alia contractus opinione, quàm dati sunt, quis nummos accepit, vtputa si ego tibi pecuniam quasi donaturus dederim, tu quasi mutuam accipias, neque mutuum, neque donatio erit.

PROBATVR hæc sententia apertè *in l. si ego. 19. ff. de reb. cred.*

Obijcitur *l. cùm in corpus. ff. de adq. rer. dom.* vbi dicitur, si in causa dandi atque accipiendi dissenserint contrahentes, modò in corpus quod traditur, consentiant, non impediri translationem dominij; vtputa si ego pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias. Resp. *In l. cùm in corpus*, præcesserat contractus donationis, seu præcessisse credebatur, & ille qui numerauerat pecuniam donandi gratia, ante promiserat se donaturum, vel saltem se promisisse putabat. Ideoque cùm numeret postea tanquam ex præcedenti obligatione, dominium transfertur, & fauore liberationis toleratur ibi dissensus. *Sed in l. l. si ego*, nulla præcesserat donandi promissio, sed in ipsa numeratione pecuniæ interuenit dissensus, nullo præcedente contractu. Quod patet ex *d. l. si ego.* dum IC. vtitur verbo donaturus, quod denotat futuram donationem.

tionem. Probatur etiam solutio, quòd *in d.l.cùm in corpus*, præcedens exemplum agat de eo, qui fundum tradidit tanquam obligatus ex præcedenti debito, scilicet ex testamento: alter autem accipiat fundum vt debitum ex antecedenti stipulatione. Ergo & sequens exemplum videtur ita accipiendum. Adde, quòd vtatur *I C. in l.* cùm in corpus, his verbis, si pecuniam tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, id est, tibi debitam ex alia aliqua præcedenti obligatione. Itaque si contractus donationis præcessisse credebatur, dominium transit, *d.l.cùm in corpus.* Si non putet donator præcessisse, non transit dominium, nisi pecunia consumatur. *d. l. si ego.* Attamen indebiti condictio competit vtroque casu, si soluendi animo traditum sit errore facti. *l.1.ff.de cond.indeb.* potuit enim donator credere obligationem donationis præcessisse quæ reuera non suberat, & ita soluere indebitè. Quòd si scienter dedit animo donandi, cùm nulla præcessisset donandi sponsio, consumtis nummis condictionem non habet, at exantes adhuc vendicari possunt. *d.l.si ego.* vbi *Baro in manual. Gilb. Regius lib.2.* ἐναντιοφ. *c.20.* Probant hanc conciliationem *Alcia. lib.5. Parerg. c.15. Iulius Pacius.centur.3.* ἐναντιοφανῶν. *quæst.68.*

ASSERTIO XXII.

Debitor post biennium exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere potest, dummodo exceptionem probet, contra DONELLVM.

QVI scripsit se debere, quod numeratum non est, tenetur quidem ex literarum obligatione, sed intra biennium exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere potest; quæ exceptio reijcit onus probandi in creditorem, vt scilicet is probet pecuniam reuera numeratam fuisse. *l.3. C. de non num.pec.*

Sed ille articulus controuersi iuris est, an elapso biennio exceptio non numeratæ pecuniæ opponi possit. Et communis est DD. sententia, posse etiam post biennium hanc exceptionē proponi, modò reus probet suam exceptionem, videlicet pecuniam sibi non fuisse numeratam. Quod probatur ea ratione, quia exceptiones natura sua sunt perpetuæ, adeò vt ne quidem XXX. annis præscribantur. *l.purè. §.vlt.ff.de exc. doli.* Accedit & altera ratio, quòd iniquum sit aliquem locupletari cum alterius iactura, quod fieret hoc casu, si debitor, qui post biennium paratus est probare pecuniam sibi non fuisse numeratam, non posset opponere exceptionem

rum non numeratæ pecuniæ. Itaque si creditor sciret pecuniam se non numerasse, meritò etiam post biennium exceptio non numeratæ pecuniæ obijci posset, quia malæ fidei possessor qualis est hoc casu creditor, quem constat pecuniam mutuam non numerasse. nullo vnquam tempore præscribit. *c.possessor.de R.I.in 6.* Hæc sententia est æquior, & in foro conscientiæ tutior. *Dynus.in c.locupletari.de R.I.in 6.*

Obijcitur *l. in contractibus. C. de non num. pec.* vbi dicitur, quòd in chirographo scripsit se mutuum accepisse, ita efficaciter post biennium obligatur, vt jam amplius queri nullo modo possit. Resp. Non potest debitor post biennium hanc exceptionem opponere, vt contra naturam aliarum exceptionum eo priuilegio fruatur, vt onus probandi transferat in actorem, sed tamen eatenus illi licebit post biennium hanc exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere, vt secundum communem naturam aliarum exceptionum, obiectam exceptionem probare cogatur, doceatque numerationem non esse factam à creditore, *per l.asseueratio. & l. generaliter. C. de non num.pec.* Lapsus enim biennij non inducit pro instrumento præsumtionem iuris & de iure, sed tantùm præsumtionem iuris, quæ admittit probationem in contrarium *l. cùm precibus. C. de proba.* Ita sensit *Iacobus* ... *us glossator.in d.l.in contractibus, iu verb. nullo modo*: quam opinionem *Baldus, Salyc.& Castren. ibidem, & communis DD.schola amplectitur. SneideWi. ad tit.Inst. de* ... *r. oblig. num.11.& ibidem Bart.ad l.generaliter. C.de non.nu.pec. Gomez. tomo.2.* ... *ur.resolut.cap.6.uum.vlt.* Dissentit *Fachin.lib.2.contro·Iur.cap.81.*

ASSERTIO XXIII.

Si pro pecunia species vendenda data sit, vt redacta ex pretio pecunia credita sit, mutuum contrahitur.

TRADITVR hæc sententia expressè *ab Vlpiano in l. rogasti.11. ff. de reb. cred.* Sed opponitur *l. rogasti 19. ff. de præsc. ver.* vbi ex tali facti specie agitur præscriptis verbis, tanquam ex contractu innominato. Resp. Tunc est mutuum, quando is qui rem vendendam accepit, precium recepit, idqde ex proposita specie *in d.l.rogasti* 11. satis euidenter intelligitur. Id enim actum est, vt rem venderes, & nummis vtereris, nempe acceptis; quoniam nisi acceperis, vti non potes. Sin autem nondum vendidit, vel vendidit, sed pretium nondum exegit, tunc nondum est mutuum; quia mutuum dici non potest, nisi accepti à debitore pecunia, neque species in mutuum cadere potest. Ideoque præscriptis verbis actio hîc competit,

qua venditor conuenta facere vel promissa præstare cogitur. *Zaz. ad l. rogasti. ff. Si cer. pet.*

Secundò obijcitur *l. qui negotia. 34. ff. Manda.* vbi dicitur, eum, qui cùm pecuniam mutuam dare vellet, argentum vendendum dedit, pecuniam creditam non rectè petere. Resp. DD. quòd *d. l.* qui negotia, accipienda sit in eo casu, quando res vendenda data est ea lege, vt pretium prius restitueretur domino, quàm illud crederet. Quod videtur quodammodò colligi *ex tex. d. l. qui negotia*, eò quòd dicat tex. eum qui pecuniam mutuam dare vellet. ergo nondum dedit: non enim expressè conuenit, vt statim post rem venditam pecunia vteretur. *In d. l. ff. de reb. cred. l. autem rogasti*, nominatim actum est, vt re vendita venditor pretio vteretur. Vel dicendum, Africanum ad strictum ius respexisse, quo iure mutuum dici non potest: quia pecunia nunquam fuit mea, ergo non est factum de meo tuum, ac proinde non est mutuum. Sed *Vlpianus in d. l. rogasti*, ex bono & æquo sustinet mutuum per fictionem breuis manus: quia fingitur pecunia ex venditione rei meæ redacta mihi soluta, deinde à me tibi mutuò data *l. singularia. ff. de re. cred.* Præualet autem benignitas, & negligitur subtilitas juris, *l. si fideiussor. §. quædam. ff. Manda.* Hanc etiam solutionem tenet & amplectitur. *Iul. Pacius centuria 3. ἐναντιοφανῶν quæst. 64.*

ASSERTIO XXIV.

Actor licet ipse nihil probauerit, reo iusiurandum iudiciale deferre potest.

PROBATVR hæc sententia *per l. cùm de indebito. §. in omnibus. ff. de prob. l. manifestæ. 38. ff. de iureiur.* vbi dicitur quòd manifestæ turpitudinis, id est calumniæ & confessionis est, nolle nec jurare, nec jusiurandum referre. quod perinde est, ac si dicat IC. Si cui defertur juramentum noluerit nec iurare, nec juramentum referre, habetur pro confesso. Cùm enim actor æquissimam conditionem in delatione jurisiurandi reo proponat, quòd eum suæ propriæ causæ testem & judicem faciat, certè sine manifesta calumnia eam conditionem non potest repudiare: Ideoque tacitè debitum censetur confiteri, quod præstito iureiurando poterat negare, & proinde maliciosè solutionem debiti, quod tacitè confitetur, recusare censetur. Eruditè *Donel. ad tit. de iureiur. c. 12. num. pen. & vlt.* His accedunt *textus expressi in l. tutor 35. ff. de iureiur.* quæ ait tutorem omnibus alijs probationibus deficientibus posse iusiurandum deferre, *item l. vlt. §. licentia. C.*

ti. *C. de Iu. delib.* vbi dicitur, quòd si aliæ omnes probationes deficiant, tunc legatarii & creditores possunt heredi deferre iusiurandum, vt veram hereditatis quantitatem manifestet.

Obiicitur *l. generaliter 12. §. sin autem is. C. de re. cred.* vbi dicitur, posse iusiurandum ab eo cui defertur, recusari. Resp. Tum demum potest reus iusiurandum recusare, si iustas & probabiles causas habeat non recipiendi iurisiurandi. Iustæ autem causæ recusandi sunt, si reus veritatem causæ suæ testibus & instrumentis vel aliis idoneis probationibus confirmare possit: tunc enim à præstatione iurisiurandi est immunis. *c. 2. ex. de prob. c. vlt. ex. de iureiur. VVes. in parat. de iureiur. num. 9. Ferra. in for. resp. rei conven. in verb. iurisiurandi.* Item iusta causa est recusandi iurisiurandi, si cui de facto alieno deferatur iusiurandum, quia nemo tenetur anceps periurium subire: ac de qua re non liquet, iurare nemo compellitur. Sic vxor quæ dicitur amouisse res mariti, iurare compellitur, pater vel heres eius iurare non cogitur, quòd sit iniquum de facto alieno quenquam iurare. *l. Marcellus. §. 1. ff. Rer. amo. l. 4. ff. de in lit. iur.* Eodem modo heres de contractu defuncti non iurat, procurator de facto domini non iurat. *l. iusiurandum 34. §. procurator. ff. de iureiur. Paul. lib. 2. sent. tit. 1.* Vnde colligitur, quòd *d. l. manifestæ*, non corrigatur *per d. §. sin. autem is.* vt communiter notant DD. sed restringatur tantùm, vt videlicet is cui defertur iusiurandum, cogatur etiam hodie iurare, vel iusiurandum referre, nisi habeat iustam recusandi causam. *Cynus ad l. generaliter, num. 4.* Idque euidenter probat *§. vlt. eiusdem. l.* vbi dicit Imp. se antiquioribus legibus nihil hac constitutione derogare, sed supplere, si quid iis deesse videatur.

Secundò obiicitur *l. qui accusare. C. de eden.* vbi dicitur, quòd actore non probante, reus etsi nihil præstiterit, id est, nihil probauerit, non iurauerit, absoluendus sit. Respondet *Castren. ad d. l. manifestæ*, quòd ista lex intelligenda est, si actor omninò defecit in probatione, quòd tunc non possit à iudice reo deferri iusiurandum, eo enim casu reus non tenetur iurare. Iudex inquam non potest parti alicui seu litigatori deferre iusiurandum, quando nihil ab eo probatum est. Nam iusiurandum suppletorium, quod necessarium DD. vocant, non defertur à iudice litigantibus in iudicio, nisi vbi semiplanè probatum est. *l. 3. C. de reb. cred. l. admonendi 31. ff. de iureiur.* Nam iudex potest tantùm deferre iusiurandum, si causa sit dubia, & probationes ancipites & parum idoneæ suppetant. *l. admonendi. ff. de iureiu.* Aliud dicendum est in iureiurando delato à parte parti, hoc enim tenetur reus omninò præstare, vel referre, *l. iusiurandum 34. §. ait Prætor. & §. vlt. ff. iureiu.* Nec etiam probatione omninò destituitur actor, qui iurandi conditionẽ vel alteri offert, vel ipse suscipere paratus est: quia satis probat,

qui defert vel præstat iusiurandum *d. l. cum de indebito. §. in omnibus. l. eum qui 30. ff. de iureiur. l. vlt. C. de fideico.* Approbat hanc solutionem *Cuiac. lib. Obs.* 22. *c.* 28. Postremò notandus est singularis casus *in l. vlt. C. de fideicom.* vbi heres cogitur iurare, vel soluere, nec potest heres legatario deferenti iusiurandum illud referre: quando videlicet in minus solenni testamento, sine vllis testibus, vel sine scriptura confecto, reliquit testator legatum vel fideicommissum, confisus de sola fide heredis, si tunc heres negauerit fideicommissum esse relictum, & legatarius super ea quæstione deferat ei iusiurandum, cogitur heres necessariò iurare, aut legatum soluere, nec potest iusiurandum sibi delatum à legatario, ei referre.

ASSERTIO XXV.

Periurium legibus legitima pœna punitur.

PROBATVR hæc assertio multis legibus. Primum adducitur notabilis *tex. in l. 2. §. vlt. C. de ind. vid. toll.* vbi ait Iustinia. satis inhumanum esse, per leges quæ periuria puniant, viam periuriis aperiri. Secundò confirmatur hæc sententia *per l. si quis maior. C. de transf.* vbi qui violat transactionem iuratam, notatur infamia, vnde & periurus à dignitatibus honoribus & beneficiis repellitur. *l. quoties. C. de dignit. lib.* 12. Tertiò comprobatur hoc *per l. vlt. ff. Stellio.* vbi pœna stellionatus scilicet exilij, periuro irrogatur. Quartò manifestè probat hanc assertionem *l. quod si deferente* 21. *in fi. cum l. seq. ff. de dolo.* Vbi scribit IC. stari debet religioni, quia sufficit periurii pœna. Postremò idem conuincitur *per l. si duo* 13. *§. vlt. ff. de iureiur.* vbi periurium fustium castigatione vindicatur. Ex quibus omnibus legibus abundè probatur periurium extra ordinem criminaliter puniri iudicis arbitrio.

Sed vehementer refragatur *l. 2. C. de re. cred.* vbi dicitur, quod iusiurandi religio contemta satis Deum vltorem habeat, additurque pœnam corporalem pro periurio non infligi. Resp. Hæc pugnantia responsa tali distinctioue conciliantur. Si quis temeritate, vel inconsulto calore quodam iracundiæ motus peierat, sine alterius incommodo, pœna non est dignus. *d. l. 2. & l. alienam. C. Ad l. Iul. maiest. l. vlt. in prin. ff. Ad municip.* Qui vero in negotiis contrahendis, aut iudiciis, fraudandi alterius causa, consulto peierat, pœna merito afficitur, siue per DEVM, siue per salutem Principis peierauit. *d. l. si duo. §. vlt.* Hæc est communis & recepta DD. distinctio, quod scilicet periurium puniatur extra ordinem iudicis arbitrio, quando adfert manifestam publicam vel priuatam alterius læsionem. Quam sententiam appro-

probat *Duare.lib.2.disp.c.57.* & eruditè defendit *Meno. de arb.iud.lib.2. cent. quæst.319.* Dissentiunt *Donel. in tracta.de iureiurando. cap.xi.nu.4. Fachin.lib.1. ntro.iur.cap.14.* qui tradunt periurij per Deum commissi nullam esse pœnam iure ciuili constitutam. Idem confirmat *Cuiacius lib.2.Obser.c.19.*

Secundò obiicitur hoc argumentum. Nemo potest à conuentione semel inita recedere, eamque impugnare *l.sicut.C.de obl.& act.* Sed in iureiurando ab aduersario in iudicio delato, voluit deferens stare religioni iurantis, habetque hoc iusiurandum vim transactionis & conuentionis, *l. quòd si deferente ff. de dolo. l.2. ff. de iureiur.* Ergo non debet peieranti pœna aliqua infligi, quia volenti non fit iniuria, neque retractari debet id quod iureiurando decisum est. Resp. Non rescinditur proptèr periurium id quod iureiurando decisum vel transactum est, propter conuentionem eius qui detulit, sed nihilominus propter dolum & perfidiam periuro pœna extra ordinem infligenda est, rato manente interim iureiurando. Pulchrè *Oldendorp.in classib.clar.1.act.9.*

ASSERTIO XXVI.

Causa iureiurando decisa prætextu periurij retractari non potest.

TEx. est *in l.1. C. de re.cred.* Ratio huius assertionis est, quia in actione in factum ex iureiurando non quæritur, an actori pecunia debeatur, sed tantum an iurauerit, vt intelligamus, si actor probauerit se iurasse, reus omnimodò damnandus sit. *l.5.§.dato.ff. de iureiur. l.post rem.ff. de re.iud.* Accedit & altera ratio, quòd iusiurandum speciem transactionis habet. *l.2. l.tutor 35.§.1. ff. de iureiur. l.quod si deferente 21.ff. de dolo.* Transigere namque videtur de iure suo, qui rem committit religioni & conscientiæ aduersarij: igitur de eo rursus experiri non potest, etiamsi periurij arguat aduersarium. Quod enim semel mutua conuentione sopitum est, non debet prætextu periurij retractari. *d. l. quòd si deferente.*

Obijcitur *l.admonendi ff. de iureiur.* vbi sententia lata secundum iusiurandum actoris, propter instrumenta de nouo reperta retractatur. Resp. Assertio hæc intelligenda est de iureiurando conuentionali, quod ex consensu vtriusque partis extra iudicium defertur, & iudiciali iureiurando, quod ab vno litigatorum alteri in iudicio defertur. Hisce generibus iusiurandi finita lis, neque prætexru periurij, neque propter instrumenta de nouo reperta retractari potest, quia hæc iuramenta instar transactionis sunt. Aliud obtinet in iureiurando necessario, quod à iudice propter

inopiam probationum alteri litigantium defertur: sententia enim ex tali iureiurando lata, propter probationes de nouo repertas retractari potest; de quo iuramento loquitur d. l. admonendi, vt ibi notat *Costal.* Ratio duplex est, primò quia inopia probationum iudex iusiurandum detulit, ergo copia probationum emergens id infirmat. Secundò in hoc iuramento nullus vertitur consensus litigantium, cum iudex vni litigatorum hoc deferat altero inuito, quem nouis instrumentis comprobantem aduersarium falsum iurasse, audiri æquum est, quia ipse in delationem iurisiurandi non consensit.

Secundò obijcitur *l. vlt. C. de re. cred.* vbi iuramentum prætextu periurij retractatur in casu scilicet legati aut fidei commissi, quod legatarius nondum cognitis verbis testamenti iurauit sibi deberi, herede deferente: aperto enim postea testamento, si appareat nihil ei relictum, iusiurandum retractatur, & datur heredi condictio indebiti, qua legatum perperam solutum repetit. Resp. Hoc specialiter fauore vltimarum voluntatum receptum est, quia publicè interest extremas hominum voluntates exitum sortiri, *l. vel negare. ff. Test. quem ap.*

Tertiò opponitur *l. in duobus 28. §. vlt. ff. de iureiu.* Vbi prius iusiurandum retractatur per posterius. Resp. Necessitas facit, vt hic vnum tantum iusiurandum servetur, quia vtrunque non potest servari, tanquam sibi contrarium. Ideò autem posterius servatur, quia in pactis novissima servanda sunt, & iusiurandum proficiscitur ex conventione. *l. qui iurasse 26. §. vlt. ff. de iureiu.* & contractus instar obtinet. *l. 5. §. 1. ff. de pecul.*

ASSERTIO XXVII.

In criminalibus causis non defertur à iudice iusiurandum, in supplementum probationis.

CONTROVERSA est quæstio inter DD. An in causis criminalibus decidendis locus sit iuramento suppletorio. Sed verior est sententia *Bartoli Castrensis, & aliorum in l. 3. ff. de iureiur.* in criminalibus causis non esse locum huiusmodi iureiurando. Quorum sententia probatur hac euidentissima ratione, quia in causis criminalibus actor liquidissimè probare debet quod intendit, & adferte probationes meridiana luce clariores. *l. vlt. C. de prob.* nemoque ex crimine pœna aliqua condemnandus est, nisi vel confessus sit delictum, vel probationibus clarissimis conuictus. *l. qui sententiam. C. de pœnis.*

Obiicitur *l. 3. §. ex quacunque. ff. de iureiur.* vbi dicitur, quacunque actione quis

r quis conueniatur, siue pœnali, siue rei persecutoria, locum esse dela-
ni iuramenti. Resp. Hoc verum est, si causa criminalis ciuiliter inten-
ur ad priuatam vtilitatem: si verò de crimine agatur criminaliter, ad
blicam vindictam, non est locus huic iuramento. Hoc probat verbum
tionis, quo vtitur *IC. in d. §. quacunque*, quod de actione criminali ciuili-
intentata est intelligendum. Vbi enim criminaliter agitur, dicitur po-
s accusatio, quam actio. *l. de fide. C. Ad l. Corn. de fals.* Hæc est communis
recepta DD. opinio in *d. l. 3.* vt notat *VVesem. in parat. de iureiur. num. 10.*
tradunt *Glos. & Bart. in l. maritus. ff. de quæst. Ias. in l. admonendi. num. 224. de*
eiur. vbi communem dicit. *Menoch. in arbitrar. Iudic. lib. 2. centur. 5. casu 264.*
probat *Fachin. lib. 1. contr. c. 15.* Quòd igitur *in l. furti 6. §. pactus. ff. de his*
q. not. infa. dicitur, quòd reus qui in actione furti vel simili famosa iu-
uit, innocentiam suam quodammodò testatus est, intelligendum est
iudicio ciuili, non criminali.

ASSERTIO XXVIII.

Ex iureiurando promissorio nulla oritur actio iure ciuili.

EX iureiurando, quod promissorium DD. vocant, non oritur actio iure ciuili, sicuti nec ex pacto. Probatur hæc sententia, quia specialiter constitutum est, vt si libertus iurauerit se operas patrono datu-
m, obligatio contrahatur. *l. vt iurisiurandi, 7. & l. seq. ff. de op. liber. l. 13. in pr.*
accept. l. vlt. ff. de lib. cau. l. si quis pro eo. 56. ff. de fideiuss. vbi dicitur, vt iurisiu-
ndi obligatio contrahatur, libertum eum esse oportet, qui iuret, & li-
rtatis causa iurare. *d. l. vt. iurisiurandi 7. in princ.* Si hoc specialiter est con-
tutum in liberto, vt ex iureiurando eius, quo promisit se operas patrono
æstiturum, detur actio, sequitur in alijs personis ex iureiurando obli-
tionem non produci, & sic iusiurandum non est modus inducendæ ob-
gationis vel actionis, nisi tantum in hoc speciali casu, si libertus promisit
operas patrono exhibiturum.

Obijcitur *in contrarium Auth. sacramenta. C. Si adu. vend.* vbi dicitur pactum
nfirmari iuramento, & seruandum esse iuramentum, quod frustra dice-
tur, nisi obligationem & actionem pareret. Resp. Iuramentum quidem
nfirmat contractum, & seruandum est, item ex contractu iurato nasci-
r actio, sed iuramentum per se solum non est potens & sufficiens ad
oducendam actionem.

Secundò aduersatur *l. si quis maior. C. de trans.* vbi dicitur agi posse ad
pœnam

pœnam contra eum, qui transactionem iuratam non seruauit. Igitur oritur ex transactione iurata actio, cùm alioqui ex nuda transactione agi non possit. *l. siue apud acta. C. de trans.* Resp. ex sententia *Alciati ad d. l. si quis maior*, actionem ibi ad pœnam dari, quia intelligitur esse promissa per stipulationem. Approbat *Fachin. lib. 2. contr. c. 100. & lib. 3. c. 12.* vbi egregiè & solidè defendit ex iuramento promissorio actionem non oriri. Deinde ibi non fuit omninò nuda transactio, sed præter conuentionem aliquid datum vel factum fuit causa transactionis, quo casu transactio in contractum innominatum transit, & producit actionem.

Tertiò obijcitur, quòd traditur *in l. si duo 13. §. si quis iurauerit. ff. de iureiur.* quòd si quis iurauit se credidisse pecuniam vel societatem contraxisse, vel emisse, quòd detur ex hoc iureiurando actio. Resp. Aut iuramentum interponitur super legitimo contractu, & tunc actio directa quæ ex tali negotio competit, vtiliter propter iusiurandum conceditur, quamuis de negotio non appareat, vel etiam actio in factum iuratoria locum habet. Aut iuramentum præstatur nulla prorsus adiecta causa, quod DD. iuramentum informe vocant, & tunc ex tali iureiurando nulla producitur actio: quia in iudicijs nihil sine generali vel speciali causa debet admitti, *Olden. cl. 1. act. 9.*

Postremò arguitur *ex l. 8. C. de re. cred.* vbi dicitur, quòd ex iureiurando actio in factum competat ad similitudinem iudicati. Resp. Hoc verum est, si iusiurandum subsequatur sententia iudicis, tunc enim vtilis actio iudicati ex eo producitur. *Cuiac. in parat. C. ad tit. de re. cred.* Illud denique sciendum, quòd licet iure Canon. nulla ex iuramento promissorio oriatur obligatio, vel actio, tamen iudicis officio potest quis compelli vt præstet quod iuratò promisit. *c. cum contingat, ex de iureiur. c. vlt. de fo. comp. in 6. Fachin. d. contro. 100.* Diuersam sententiam, quod scilicet iuramentum promissorium producat obligationem & actionem iure ciuili, probant & defendunt *VVesem. in para. de iureiur. & Franc. Sarmientus lib. 1. select. interp. c. 3.* Vide eleganter de hac quæstione differentem reconditæ eruditionis virum, & subtilissimum ICtum. *Cuiac. lib. Obs. 22. c. 7.* vbi eruditè docet non esse maiorem vim iurisiurandi, quam pacti. Et proinde sicut ex nudo pacto non oritur actio, ita neque ex iuramento promissorio. Quod attinet ad ius Canonicum, verior est sententia, quod nec eo iure ex iureiurando promissorio competat actio, sed tantum quod per censuram ecclesiasticam compellendus sit is qui iuravit, ad præstandum id quod promisit. *c. vlt. de for. comp. in 6.* Ita eleganter & eruditè tradit & declarat. *vir excellens & diligentissimus Iuris interpres. Fachineus lib. 3. contro. Iur. c. 12.* vbi alios etiam laudat suæ sententiæ assertores.

ASSER.

ASSERTIO XXIX.

Iusiurandum iudiciale etiam per procuratorem præstari potest, dominoque prodest.

PROCVRATORES & defensores non coguntur inuiti suscipere & præstare delatum sibi ab aduersario iusiurandum, quia nemo de facto alieno iurare cogitur *l. Marcellus. §. iurare. ff. Rer. amo. l. iusiurandum 34. §. procurator. ff. de iureiur.* Sed quæritur, an si vltrò sit paratus iurare procurator, admitti debeat ad iurandum. Quod verius videtur, *per l. 9. §. pen. ff. de iureiur.* Vbi dicitur, quod iusiurandum procuratoris ei ab aduersario delatum prosit domino, pariatque domino, si reus sit exceptionem, si verò actor sit, actionem ei producat.

Sed obstat *l. generaliter 12. §. his ita de præsentibus. C. de re. cred.* vbi dicitur re per procuratorem ventilata, ipsum dominum debere præstare iusiurandum. Distinguendum ex sententia *Bart. in l. qui bona. §. si alieno. num. 15. ff. de dam. inf.* cuius opinio in praxi seruatur, *teste VVesem. in parat. de iureiur.* Aut aduersarius qui iusiurandum defert, contentus est, vt reus per procuratorem iuret, & tunc volens procurator ad iurandum admittitur, in vtilitatem domini. Aut aduersarius non vult stare ipsius iureiurando, sed vult vt dominus ipse iuret, & hoc casu procurator iurare volens non est audiendus, sed ipse dominus iurare, & per se respondere cogitur. *d. §. his ita. l. quoties. §. prætor, & §. seq. ff. de nox. act.*

Secundò obijcitur, quòd per liberam personam alteri non acquiritur actio. *l. 1. C. Per qu. perso. no. acqu.* Resp. Hoc in iureiurando aliter se habet: quia iusiurandum parem vim habet cum re iudicata. *l. actori. C. de re. cred.* Sicuti ergo ex lite per procuratorem peracta competit domino actio iudicati, *l. in causæ 27. §. vlt. & l. seq. ff. de procur.* ita & in factum actio competit domino ex iureiurando procuratoris. *l. 9. §. penul. l. vlt. §. pen. ff. de iureiur.*

ASSERTIO XXX.

Etiam ob latam culpam iuratur in litem, & lata culpa continetur sub dolo in ciuilibus causis.

DVBITATVR inter D.D. An ob latam iuretur in litem. *Ioan. & Azo. negant.* Mouentur verbis tex. *in l.5.ff.de in lit.iur.* qui ait in litem iurari ob solum dolum. Hæc verba taxatiua, solum, duntaxat, tantum, & si qua similia solent in legibus nostris esse præcisa, & casus similes excludunt. *l.non solum. §.tale. ff. de lib.leg.* Hinc excludunt etiam latam culpam, quæ dolus non est, sed tantum ei comparatur. *l.1.§.hæc actio. ff. Si men. fal. mo.* Mouet quoque eos, quod dolus in pœnis non solet ad latam culpam produci. *l.in lege 7. ff. Ad l. Cor. de sica.* Hoc sequuntur *Acc. Bart. Castr. & Ias. in d. l.5.*

Sunt etiam qui ob latam culpam affirment iurari in litem, quæ est Fulgosij sententia. Mouetur hac ratione, quòd lata culpa dolo comparatur. *d.l.1.* Mouetur deinde per tex. *in l.is qui. C. de in lit. iur.* vbi expresse & rotundè dicitur ob latam culpam in litem iurari. Cuius sententiæ sectatores se præbent *Duare. in d. l.5. Coras. lib.4. Misc. c.2. Zaz. in singul. in tellect. c.2. nu.34. & 35.* Mihi videtur verior hæc sententia, quòd etiam ob latam culpam iuretur in litem: nam lata culpa non solum dolo comparatur, sed est quoque doli species: quòd probat Celsus aperta voce *in l.quod Nerua.ff. depo.* quia est dolus præsumtus iuris interpretatione, vt rectè notat *Acc.in d.l.quod Nerua.* Idem probat *l.1. §. is quoque.ff. de obl. & act.* vbi dicitur quòd lata culpa, quæ magna negligentia appellatur, in doli crimẽ incidat.

Non obstat quòd ait *I C. in d.l.5.* duntaxat, vel ob solum dolum in litem iurari: nam & de agrimensore dictum est, quòd de dolo duntaxat teneatur. *in d.l.1.§.hæc actio,* nihil tamen id impedit, quo minus & latam culpam præstet. *d.§.hæc actio. vers. lata culpa.* Sic etiam de depositario traditum est, quòd duntaxat de dolo teneatur *in l. contractus. ff. de R.I.* nihil tamen dubitat Celsus, quin & de lata culpa teneatur, *in d. l. quod Nerua.* Idem denique responsum est in precario *in l. quæsitum. §. eum quoque. ff. de præca,* nam & lata culpa dolus est. *l.magna 226. ff. de V.S.* Nec obstat, quòd prædictæ leges vtuntur particulis taxatiuis, nam hæ dictiones taxatiuæ, veluti tantum, solum, duntaxat, non excludunt casus similes. *l.ob æs alienum, & ibi Gl. & Bart. C.de præd. & al. reb. mino.*

Denique non obstat, quod dolus in delictis non porrigatur ad latam culpam: Nam id verum est, si ad pœnam corporalem agatur. *d.l.7.* Si autem

delicti pœna pecuniaria sit & ciuilis, lata culpa pro dolo est, & doli appellatione continetur. *tex. apertus in l. 1. §. non aliàs. ff. Si quis test. lib. esse, &c.*

ASSERTIO XXXI.

In iureiurando in litem habetur ratio affectionis.

QVOD affectionis ratio hebeatur in hoc iuramento, probat *l. tutor 8. ff. de in lit. iur.* vbi dicitur ex arbitrio actoris pretium statuendum in iuramento in litem. Illud autem optima ratione traditum est, in hoc iuramento ex arbitrio & affectione actoris æstimationem rei iniri, vt scilicet contumacia & dolus Rei, qui rem suam domino restituere non vult, puniatur. *d. l. tutor.* Non enim æquum est dominum inuitum rem suam inuito & communi precio vendere. *l. non enim 9. ff. Rer. amo.* Itaque cum dominus inuitus hoc casu rem suam vendere, & possessori relinquere cogatur, æquum est, vt rei pretium pro arbitrio suo statuat.

Obijcitur, quòd traditur in iure affectionis rationem non haberi. Pretia enim rerum, non ex vtilitate vel affectione singulorum, sed communiter fungi debent. *l. pretia 63. ff. ad l. Falc.* Similiter *in l. vlt. ff. de op. seruo.* dicitur, voluptatis vel affectionis æstimationem non haberi. Tertiò asseueratur *in l. 1. §. & aliàs videamus. ff. Si qu. in fr. patro.* Patronum propter affectionem, vel oportunitatem vel vicinitatis, vel cœli rem iusto precio venditam reuocare non posse. Resp. Ex his legibus non efficitur, nullum esse iuramentum in litem affectionis. Iusiurandum enim in litem non propter solam affectionem præstatur, quam actor aduersus rem petitam habet, sed propter dolum & contumaciam Rei rem petitam non restituentis. *l. 1. l. 2. § vlt. ff. de in lit. iur.* Dolus & contumacia rei faciunt, vt affectionis ratio habeatur: quæ certè nulla ratione punirentur, si rei pretium ex communi æstimatione sit pendendum.

Secundò obstat *l. si seruum 33. ff. ad l. Aquil.* vbi dicitur, si seruus, qui erat filius meus naturalis, quem ego magno pretio emtum volebam, occisus sit, quòd occidens in veram serui æstimationem teneatur, nulla affectionis habita ratione. Ergo multò minus in hoc casu, quo dolus ex contumacia metitur, affectionis ratio habenda est, cùm hoc delictum versetur in omittendo, illud verò in faciendo, quod longè grauiorem pœnam meretur. Resp. Damnum datum, ex lege Aquilia, propria & certa pœna punitur: quanti scilicet ea res intra annum retrorsum computatum plurimi valuerit, vnde partis arbitrio nihil committitur, ne duplici pœna delinquentes grauentur: *contra l. omnes 23. C. de pœn. l. sanctio 41. ff. eo.*

Tertiò aduersatur *l. nummis, & l. instrumentis, ff. de in lit. iur.* vbi dicitur, iurari in litem de eo quod actoris interest, nummos depositos sibi sua die redditos non esse, vel instrumenta prolata non esse. Hinc sequitur, non haberi rationem affectionis in iureiurando in litem, quia verum interesse opponitur liberæ & pœnali æstimationi, quæ fit per iusiurandum in litem ex arbitrio actoris, *l. 2. §. vlt. ff. de in lit. iur. l. non à iudice 64. ff. de iudic.* Resp. Ideò in nummis depositis nõ iuratur in litem, quia in nummis nulla cadit affectio, cùm eorum certa semper sit æstimatio. Similiter instrumentis non exhibitis, iuratur quanti actoris interest, quia nõ inspiciuntur instrumenta, sed res quæ instrumentis continetur. Ideoque non consideratur affectio, quam actor aduersus instrumenta habet, sed inspicitur tantùm quod actoris interest. Dissentit *Corras. lib. 6. Miscel. cap. 1.* qui statuit nullum esse iuramentum affectionis. Vide latius & pleniùs de hac quæstione *Menochium. de arbitr. iud. lib. 2. centur. 3. casu 207.* vbi enumerat ex ordine omnes casus, in quibus locus est iuramento affectionis.

ASSERTIO XXXII.

In contractu venditionis & emtionis non iuratur in litem.

QVÆSITVM est ab interpretibus, An in actione empti, qua petit emtor rem emtam sibi tradi, iuretur in litem. Et verius est non iurari. Probatur hæc sententia per *l. si traditio. C. de act. emp.* vbi statuitur, quòd si procacia venditoris res vendita non tradatur, quòd fiat condemnatio, quanti interest compleri emtionem. Dum lex significat venditorem condemnari in id quod interest, ostendit non condemnari, quanti in litem iuratum est: pugnant enim hæc inter se, quanti interest, & quanti in litem iuratum est. Illud enim quod interest, veram rei æstimationem significat; in iuramento verò in litem, ex singulari affectione & arbitrio actoris res æstimatur. *l. 2. l. tutor. ff. de in lit. iur. l. non à iudice. ff. de iudic.* Quæ decisio etiam iustissima ratione comprobatur, quia in ijs tantùm actionibus æquum est in litem iurari, in quibus agitur ad restituendam rem, quæ vel nostra est, vel ad nostrum ius pertinet. *d. l. tutor. l. si filiofam. §. 1. ff. Sol. mat.* Ideoqúe cùm emtor nondum sit dominus rei emptæ ante traditionem, agatque ad rem alienam sibi præstandam, meritò in actione ex empto non iuratur in litem.

Sed obijcitur, quòd generaliter traditur *in l. 5. ff. de in lit. iur. & l. 3. §. in hac. ff. Commo.* in omnibus bonæ fidei iudicijs iurari in litem. Resp. Verba illa generalia

generalia ita sunt restringenda, dummodò illæ actiones competant ad rem restituendam, quæ vel nostra sit, vel ad nostrum ius pertineat. Propter has enim duas causas res iureiurando in litem æstimatur, primùm vt contumacia rei puniatur, deinde vt de re petitoris, vel ad ius eius pertinente agatur. *d.l.tutor.* Proinde in actione commodati, depositi, locati, item in actione ex stipulatu pro dote restituenda, in actione tutelæ, cùm res suas pupillus à tutore repetit, iuratur in litem, quia in his omnibus agitur de re nostra restituenda. *l.1.§.in depositi.ff.depo. d.l.3. §.in hac.l.si cui locauim.§.1.ff.loca.d: l.tutor. d.l.si filiofam. §.1.* Contrà quia in actione ex emto non agimus ad rem nostram restituendam, sed ad rem venditam nobis tradendam, non iuratur in litem. Hanc sententiam probant *Donel. ad l.5. num.4. ff. de in lit.iur. Duare. ad eundem tit. num.22. & sequ. Borcholt. c.4. ff. eod. Anto. Faber de error. pragmat. decad.17. erro.7.*

ASSERTIO XXXIII.

In contractibus, qui solius recipientis causa fiunt, leuissima culpa; in contractibus qui solius dantis vtilitatem respiciunt, lata culpa; in ijs qui vtriusque gratia fiunt, leuis culpa præstatur.

PROBATVR hæc thesis apertè *in l. contractus. ff. de R.I. & l. si seruus 108. §. cùm quid. de leg. 1. l. si vt certo. §. nunc videndum. ff. Commod.*

Obijcitur de præcario, quod ad recipientis commodum pertinet, et tamen ibi præstatur tantùm dolus & lata culpa. *d.l. contractus. l. quæsitum. 3. ff. de preca.* Resp. Regula de contractibus accipienda est, sed precarium propriè non est contractus, quia substantia contractus est obligatio. Atqui precario dans non obligatur, sed repetere potest precarium, quando vult. Sibi ergo imputet, qui cùm suspectam haberet diligentiam præcariò possidentis, precarium non reuocauit. *l.2. ff. de praca.* Non est contractum negotium in precario. *l. interdictum. ff. de preca.*

Opponitur secundò *§. vlt. Inst. loca. l. si merces 25. §. qui columnam. ff. eo.* vbi exactissima diligentia requiritur in locatione, & leuissima culpa præstatur. *Ad §. vlt.* respondent communiter DD. quòd ibi superlatiuus positiuus sit pro positiuo. Ideoque quod ibi requiritur à conductore diligentissimi patrisfam. custodia, perinde accipiendum est, ac si diligentis patrisfam. exigeretur: cùm iuxta communem contractuum naturam, in contra-

ctibus in quibus vtriusque vtilitas versatur, vt in locatione, leuis culpa præstatur, seu diligentis, non diligentissimi patrisfami. custodia. Sic è contrario *in §. item is. Inst. Qu. mo. re. cont.* ponitur positiuus pro superlatiuo. Quod enim ibi dicitur, commodatarium teneri ad exactam diligentiam, pro exactissima accipiendum est. *l. in rebus 18. ff. Commod. d. l. 1. §. 1. ff. de obl. & act.* Potest enim hoc modo *ad d. §. vlt.* responderi, quod ibi conductoris gratia inita est Locatio, quia conductor initium dedit contractui, & à locatore primum vsum rei petijt, & antequam vsus esset mercedem dedit aut promisit, quo facilius Locatorem ad contrahendum secum induceret. *Vulte. ad d. §. vlt. Inst. Loca. & cap.* x v. *in disceptat. scholast.*

Quæritur, an conductor de incendio teneatur, si fortè dubium sit, an culpa, an verò casu fortuito incendium ortum sit? Et dicendum conductorem teneri, nisi de diligentia sua doceat. Ratio est, quia plerunque incendium fit culpa inhabitantium, & sine culpa incendium fieri non præsumitur. *l. 3. §. 1. ff. de off. præf. vig. l. si vendita. ff. de peric. & com. rei vend. Cuiac. lib. 17. Obser. c. 29.* A qua sententia nonnihil dissentit. *Gail. 2. Obs. c. 21. nu. 4.* Sed opponitur *l. 1. §. is quoque. ff. de oblig. act. l. cum duobus. §. damna. ff. Pro soc. l. contractus. de R. I.* vbi incendium refertur inter casus fortuitos, & damna fatalia: Atqui conductor non tenetur de casu fortuito *l. in hoc iudicio 28. C. Loca.* Resp. sub distinctione, Aut incendium oritur ab inhabitantibus, vel hospitibus, & tunc respectu patrisfam. qui culpa vacat; dicitur casus fortuitus. *l. qui insulam 30. §. 1. ff. Loca.* Aut incendium, patrisfam. negligentia causatum est, & tunc culpæ eius adscribitur, & damnum ab eo resarciendum est. *d. l. si uendita. Afflictus decis. Neapol. 57. Turza. in com. opin. opin. 87.* vbi notat, si in domo alicuius cauponis vel hospitis, hospitantes ignem fecerint, non teneri hospitem de incendio. Dominus enim non tenetur de facto hospitum, vel viatorum. *text. in terminis in l. 1. §. vlt. ff. Furt. adv. naut. caup. stabular.* Ad §. qui columnam, respondetur, singulare esse in deportatione rerum periculosarum, quæ facilè frangi possunt, vt vitri, columnarum, signorum. Itaque in his rebus tractandis, quæ summam cautionem & singularem industriam desiderant, exactissima diligentia præstanda est, cùm in cæteris sufficiat mediocrem curam præstari.

In tutela & negotiorum gestione leuis quoque culpa præstatur, quamuis in hoc contractu vtilitas absentium tantùm versatur, in illo commodum pupillorum solùm. *l. 1. ff. de tute. & rat. dist. l. quicquid. C. Arb. tute. l. si negotia. ff. de neg. gest. l. tutori 20. C. eo.* Hæc enim contra communes & ordinarij juris regulas in fauorem pupillorum & absentium sunt constituta.

ria. Accedit & hæc ratio, quòd ideò gestor de leui culpa tenetur, quia si vltro gestioni obtulit, non rogatus à domino; vnde grauius oneratur, quàm si ab eo requisitus esset. Videtur enim eo ipso, quòd suo arbitrio accessit ad negotia gerenda, tacitè se diligentem & idoneum profiteri. *arg. §. 1. Inst. de obl. ex q. contr. Castren. ad d. l. si negotia.* Et per se quidem tantùm leuis culpa præstatur in negotiis gestis, non leuissima: nisi per accidens, cum videlicet alius diligentius negotia curare volebat, cui gestor credere noluit, tunc enim leuissima culpa præstatur. *§. 1. Inst. de obl. ex qu. contr. l. si pupilli 6. §. vlt. ff. de neg. gest.* In tutore quoque leuis culpa præstatur, licet nulla eius versetur vtilitas. Ratio & hæc reddi potest, quia tutela publicum munus est, ideoque quilibet ad id munus obeundum, & pupillare negotium gerendum, vt diligens & frugi paterfam. cogi potest.

Opponitur tertiò *l. quòd Nerua ff. depo.* vbi dicitur, depositarium eam diligentiam debere deposito adhibere, quam suis rebus adhibet: ponamus autem hominem attentissimum & diligentissimum. Ergo & similem diligentiam in deposito adhibebit, & leuissimam culpam præstabit, non tantùm latam. at Justinianus eum indefinitè à culpa excusat. *§. pen. Inst. qu. mo. re. cont.* Resp. Quod IC. requirit à depositario, vt talem rebus depositis custodiendis curam adhibeat, qualem suis proprijs: hoc non accipiendum de diligentissimo depositario, sed de eo qui non fuit admodum diligens in rebus proprijs custodiendis. Quòd si hic non adhibeat eam diligentiam in rebus depositis, quam in suis, certè latæ culpæ reus est. Porrò quòd de parum diligente patrefam. IC. loquatur, ex verbis legis liquidò apparet, dum dicit, non requiri à depositario, vt ad eum modum diligens sit, quem hominum natura desiderat.

Quartum argumentum. Qui in communionem incidit, vt coheres, item socius consensu factus, & maritus in re dotali, non tenentur ad eam diligentiam, quam diligens paterfam. rebus suis adhibet. Ergo non tenentur de culpa leui: quia culpa leuis est, non præstare talem diligentiam, qualem diligens paterfam. rebus suis adhibet. *l. heredes. § non tantùm. ff. Fa. ercisc. l. si constante. §. si maritus. ff. Sol. ma. l. socius socio 72. ff. Pro soc. l. quod si pè. §. si res vendita. ff. de con. emp.* Resp. Culpa ea de qua assertio loquitur, præstanda est in rebus omninò alienis. Itaque quia coheres, socius, & maritus in re dotali quodammodò siue pro parte res proprias gerunt, de lata tantùm culpa tenentur. Adde & in socio hanc rationem, quòd de se queri debet, qui parum diligentem socium sibi delegit. *d. l. si socius socio.*

In mandato distinguendum est, si mandantis tantùm vtilitas versatur, lata culpa præstatur, *l. 8. in fin. l. 10. in princ. ff. Mand.* si solius mandatarij, leuissima: si vtriusque, leuis: quemadmodum in commodato distinguitur:

Pro

Pro rerum autem varietate excipitur, vt si res talis sit, quæ mandata est, vt diligentiam exactissimam requirat, etiam leuissima culpa præstabitur, vt in procuratore ad iudicia & lites dato obtinet. *l. à procuratore. C. Manda.* Ratio est, quòd in iudicijs maxima requiratur solertia, & procurator harum rerum peritiam profitetur.

Quintò obijcitur, quòd venditor in re vendita custodienda talem custodiam præstare debet, qualem præstant hi, quibus res est commodata. *l.3.ff.de peri.& com.rei vend.* Ergo ad exactissimam diligentiam tenetur venditor, sicut commodatarius. Resp. Quod prius indicauit I C. *in d.l.3.* venditorem talem diligentiam præstare debere, qualem commodatarius, hoc postea declarat, vt magis exactam præstet diligentiam, quàm in rebus suis; sed non talem præstabit diligentiam, qualem diligentissimus paterfam. præstare est solitus, sicut commodatarius. *l.in rebus 18.ff. Commod.*

Vltimò obstat *l.si cùm venderet 13.§. vlt.cum l.seq. ff.de pig. act.* vbi dicitur, in pignore custodiendo eam culpam præstari debere à creditore, quæ in commodato præstatur, vbi & leuissima culpa imputatur. Resp. Aut accipiendus est iste locus de commodato vtriusque gratia contracto, quasi eadem culpa præstetur in pignore, quæ in tali commodato præstatur. *d.l. in rebus.* Vel dicendum, quòd in actione pigneratitia veniat dolus & culpa sicut in commodato: sed diuersa ratione æstimatur culpa in pignore, quàm commodato. Nam *in d. l.14.* subiungitur, sufficere creditorem in pignore eam diligentiam adhibere, quam diligens paterfam. rebus suis adhibet. Ergo non astringitur ad eam diligentiam, quam diligentissimus paterfam. rebus suis adhibet, ad quam tamen tenetur commodatarius, ac proinde non tenetur creditor in re pignorata de culpa leuissima, quæ opponitur exactissimæ diligentiæ. *d.l.in rebus.l.1.§.1.ff. de obl.& act.*

ASSERTIO XXXIV.

In contractibus nominatis non datur condictio ob rem dati.

HANC sententiam tradit *Accur. in l.2. C. de cond. ob caus.per. l.1. in fi. ff. de re. permu.& l.ult.ff. de cond. caus.dat.* Quæ sententia verior & probabilior videtur, idque per regulam, qua traditur, quòd in contractibus uominatis non agitur ad distractum, sed potius ad implementum contractus. *l.ea conditione 14. C. de resc.vend. l.vendita 6. C. de act. emp. VVes. in parat.de cond. caus. dat.*

In contrarium adfertur *l.cùm te.C.de pact. int. emp.* vbi ex contractu venditionis

ctionis datur condictio ob causam, quia emtor non implet ex sua parte contractum. Resp. Quòd ibi non propriè emtio, sed potius innominatus contractus fuit initus: nam res fuit alienata exiguo pretio, ea conditione, vt accipiens certam aliquam rem præter pecuniam daret. Quæ res cùm longè erat maioris valoris, quàm pretium conuentum, cumque eius rei contemplatione principaliter contractus fuerat initus, meritò hoc negocium pro contractu innominato est habendum: ex quo competit condictio ob rem dati. Hæc est communis & recepta *DD. opinio, teste Pinel. in rub. de resc. vend. par. 2. c. 2. num. 19. & seqq.*

Secundò obijcitur *l. ex emto. §. is qui vina. ff. de act. emp.* vbi ex contractu emtionis datur actio ex emto, & condictio ob causam. Sed respondetur, quòd ibi non ex emtione, verùm ex datione arrhæ, quæ est specialis & separatus contractus, venditoris gratia initus, competit hæc condictio. *l. contractus. C. de fid. inst. Azo in sum. C. de cond. ob caus.*

ASSERTIO XXXV.

Si tibi pecuniam dedi, vt mihi Stichum dares, permutatio est, non emtio, periculoque meo Stichus erit.

COMPROBATVR hæc assertio apertè *in l. vlt. ff. de cond. caus. dat.* vbi dicitur, quòd quando quis pecuniam alteri dedit, vt sibi Stichum daret, non esse hunc contractum pro portione emtionis & venditionis, id est, non esse speciem emtionis, sed obligationem ob rem dati, re non secuta, id est, permutationem contractam censeri.

Sed grauiter obstat *l. naturalis. §. 1. ff. de præs. ver.* vbi dicitur, si pecuniam do, vt rem accipiam, emtionem esse. Resp. Duarenus, Imprimis inspiciendam esse voluntatem contrahentium, & quid inter eos actum sit. Cùm itaque non appareat *in d. l. vlt.* de emtione quicquam actum esse, vt cùm neque venditionis, neque pretij, neque mercis fiat mentio, quæ duo tanquam substantialia oportet in emtione interuenire, *§. pretium. Inst. de emp. & vend. l. vlt. C. de præd. decur. lib. 10.* alium intercessisse contractum ex contrahentium mente, item ex argumentis & coniecturis colligitur. Vt si Stichum non erat venditurus, sed tamen facilè donaturus, si remunerationis loco aliquid accipiat: hoc casu si dictum sit, do tibi hanc pecuniam, si mihi Stichum dederis, nemo affirmabit venditionem esse contractam, sed contractum do vt des initum. *Duare. ad tit. de cond. caus. dat. Coras. lib. 2. Misc. c. 9.*

Hæc de prima parte thesis. Altera pars, qua dicitur, periculo meo, qui pecuniam dedi, esse Stichum, si fortè mortuus sit Stichus, antequam eum mihi dares, probatur expresso textu *d. l. naturalis. §. 1.*

Cui tamen grauissimè obstat *d. l. vlt.* vbi dicitur, si dedi tibi pecuniam, vt mihi Stichum dares, & mortuus est Stichus, posse me pecuniam repetere. Vnde videtur periculum Stichi ad eum pertinere, qui tenebatur eum dare, non ad eum qui pecuniam dedit pro Sticho; quandoquidem ipse mortuo Sticho pecuniam repetere potest. Resp. Hactenus perit Stichus periculo eius qui pecuniam dedit, vt non possit agere præscriptis verbis, quanti sua interest sibi Stichum dari. *d. l. naturalis. §. 1.* Attamen pecunia data illi non perit, quia potest eam condicere, tanquam causa non secuta, ob quam data est. *d. l. vlt. Duare. ad l. si ex legati 23. ff. de V. O. Cuiac. lib. Obs. 23. c. 29.* quæ vltima fuit solutio Accursij *in d. l. naturalis. §. 1.*

ASSERTIO XXXVI.

Indebitum errore facti solutum repetitur, non errore iuris.

REGVLA hæc traditur *in l. cum quis. C. de iu. & fac. ign. l. regula. §. si quis. ff. eo. l. error. C. Ad l. Falc.* Si quis ius ignorans, soluit indebitum, solutum condicere non potest, ignorantia enim iuris non prodest, cùm leges omnes homines scire debeant. *l. leges. C. de legib. l. 2. ff. de iu. & fac. ignor.* vbi dicitur, quod ius certum sit atque finitum: hoc est certæ leges & constitutiones Principum publicè sunt propositæ, vt cuivis eas scire, cognoscere, & describere liceat. Non exigitur quidem, vt omnes I C^torum^ artificia didicerint, sed communis eorum quæ legibus continentur, intelligentia ab omnibus exigitur. Eleganter ait *Salyc. ad l. quod te. ff. Si cer. pet.* Ignorare leges communes vel regulares lata culpa est, sed non ignorare leges singulares. Non est necesse, vt rusticus aliquis sit Servius Sulpitius aut Scævola, sed communis iuris peritiam habere debet. *arg. l. regula ff. de iu. & fact. ign.* Leges etiam naturæ seu divinas, videlicet Decalogo comprehensas, nemini licet ignorare. De vtriusque iuris & facti ignorantia accommodatum extat exemplum *in d. l. error.* verbi gratia: Qui soluit integra legata errore facti, cùm falsò putaret hereditatem satis esse locupletem ad integra legata soluenda, nec detraxit Falcidiam, potest repetere quod vltra quartam Falcidiam soluit. Sin autem errore iuris soluit, cessat repetitio, hoc est, si sciuit bona defuncti non sufficere ad solida legata soluenda, & quartam, nec

tamen

tamen existimauit eam sibi iure deberi, sed credidit se ad integra legata soluenda sine vlla deductione teneri, quartæ iuris errore, non repetit legata vltra quadrantem soluta. Iuris igitur ignorantia nemini opitulatur, facti verò non nocet. Similiter fideicommissum in minus solenni testamento relictum, errore facti solutum repetitur, errore verò iuris solutum non condicitur, *l. fideicommissum. C. de cond. inde. l. 2. C. de fideicom. Gl. in d. l. cum quis.*

Obstat *l. 7. & 8. ff. de iu. & fac. ign.* vbi dicitur quòd iuris ignorantia suum petentibus, aut quod idem est, in damnis rei suæ amittendæ non nocet. Resp. Qui condictione indebiti solutum repetit, non quod suum est, sed quod sibi debetur, petit. Suum enim id dicitur, quod alicuius proprium est. *l. Quintus. §. argento. ff. de au. & arg. leg.* Qui autem indebitum soluit, transtulit dominium rei solutæ in accipientem: itaque propter ignorantiam iuris non repetit, quod publico iure transtulit in eum. Aliter responderi potest ad *d. l. 8.* vbi dicitur, quòd iuris error omnibus non noceat, contendentibus de damno rei suæ, vt hoc ita intelligatur, quasi dicat I C. quibusdam non nocere, non autem nullis. Similis formula locutionis extat *in l. si seruus. §. si plurium ff. Si quis caut.* vbi cùm dicitur, omnes seruos statos non esse, intelligitur quosdam statos non esse. Tales autem personæ, quibus iuris ignorantia non nocet, sunt milites, minores, rustici & fœminæ. *l. pen. C. de rest. in int. d. regula. in princ. l. 1. 11. & vlt. C. de iu. & fac. ign. l. si quis id. §. doli. ff. de iurisd. Ciac. lib. Obser. v. cap. pen. Duare. ad tit. de cond. inde.*

Secundò obiicitur *l. 1. in prin. ff. Vt in poss. lega.* vbi heres qui satisdedit legatorum nomine errore iuris, cùm remissa ei esset à testatore cautio, satisdationem condicere potest. Resp. Ibi benignè succurritur heredi satisdanti ius nescienti, ratione vltimæ voluntatis, quia voluit defunctus heredem non cauere legatarijs. Ergo cùm hoc tantùm casu ei benignè succurratur, in cæteris casibus errore iuris promittentibus, non succurretur: quia quod benignè receptum est, non est producendum ad consequentias.

ASSERTIO XXXVII.

Nulla competit repetitio indebiti ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quàm vero debitore sit solutum.

QVÆRITVR, si illud quod quis soluit, debitum quidem erat, sed non ab eo qui soluit, sed ab alio, an detur repetitio? vtputa Titius qui heredem se esse existimabat, cùm reuera non esset, soluit legata & debita testatoris, dabitúrne ei repetitio? Hîc sunt pugnantes leges. *In l.si pœnæ 19. §.1.ff.de cond.inde.* dicitur, quamuis debitũ quis recipiat, tamen si is qui dedit, non debuit, competere repetitionẽ. Verùm *in l.repetitio 44.ff. eo.* contrarium statuitur, quòd scilicet repetitio cesset, quando suum, hoc est, sibi debitum quis recepit, tametsi à vero debitore non est solutum. Verissima hic est Accursij distinctio. Aut is qui soluit quod alius debet, suo nomine soluit, & tunc dabitur condictio indebiti, & verus debitor non liberatur. *d.l.si pœnæ. §.1.l.in summa 65. §. vlt. ff.eo.l.5. C.de cond.inde.l.si quid possessor ff.de pet. her.l.cùm quis. §.de peculio. ff.de solu.* Aut debitoris nomine soluit, & tunc nulli datur condictio indebiti, & verus debitor liberatur. *d.l.repetitio. l.quod nomine 8. l.seruus.36.ff.de cond.inde.* Sic in specie *l.*de hereditate. *C.de pet.her.* ponendum est, eum qui falsò putabat se heredem esse, soluisse heredis nomine, & ideò cessat condictio indebiti: quia cùm hereditario nomine soluit, indebitum non soluit. Econtrariò in specie *l.5. C. de cond. inde.* qui falsò putabat se heredem, soluit suo nomine, & ideò condictioni indebiti locus est. *Cuiac. lib.Obs.8.c.9.*

ASSERTIO XXXVIII.

Debitor qui debet alternatiuè duas res, & soluit vtrunque, eligere potest, quod repetat.

DEBITOR qui debet alternatiuè Stichum, vel certam pecuniæ quantitatem, habet electionem soluendi quod velit. Sed si per errorem soluit vtrunque, putans se vtrunque debere coniunctum, quæritur, an sicut ab initio soluendi habuit electionem, nisi errasset, ita nunc habeat electionem condicendi, quod velit. Vlpianus, Marcellus, Celsus denegant soluenti electionem, & creditori arbitrium retinendi quod velit,

vlit, concedunt: ex ea ratione, quòd hic creditor nunc debitor factus e. Itaque cùm in alternatiuis sit electio debitoris, meritò ei retinendi arbitrium quod velit, permittitur. *l.si non sortem 26. §.pen.ff.de cond.inde.*

Contrarium statuit Imp. Iustinia. *in l.pen. C. eo.* vbi soluenti electionem repetendi quod velit, concedit, ideò quòd hæc repetitio resoluat & rescindat solutionem: debet ergo restituere electionem debitori, quam habuit: & sic qui soluendi habet electionem, habet & repetendi. In hac discrepantia retinenda est Imp. Justiniani sententia *in d. l. pen.* quòd videlicet in soluentis electione sit, quid condicat; non accipientis, quid reddat, aut retineat. Igitur apertè *l.penult.* corrigit §um *penult. d.l.si non sortem,* quod & Accur. licet timidè refert. Nam *d.l.penult.* est vna ex 50. constitutionibus Justiniani, quæ in secunda editione Codicis sunt insertæ: quibus & Pandectarum leges, & veteres constitutiones eidem Codici inserti emendantur & reformantur. *l.vnic. C.de emend. C.Iustin.in princ. Baro ad §. præterea quod per alluvionem. Inst. de rer.diui. Cuiac.lib.Obs.8.c.35.*

ASSERTIO XXXIX.

Condictio furtiua in solidum datur contra heredes furis.

PROBATVR hoc enunciatum *in §.vlt. Inst. de oblig. ex delic.* vbi dicitur, condictionem dari contra furis heredem, licet non possideat rem furtiuam. *& apertius in l. 9 ff. de condict. furt.* vbi apertè scribit Vlpian. in condictione furtiua non pro eo duntaxat quod ad eos peruenit, sed in solidum teneri heredes. vbi tex. tam est apertus, vt Cuiatius dicat, nisi textus ille extaret tàm disertè scriptus, ipse statueret condictionē furtivam contra heredem furis in solidum non dari, planè contra aperta Legis verba. Vnde dicit se ad tempus in hac quæstione subsistere, & iudicium suum suspensum tenere. *lib. Obser.7. cap.37.* Ratio etiam manifesta id ipsum suadet: nam cùm condictio furtiua non sit pœnalis, sed rei persecutoria actio, *l.si pro fure 7.§.1.ff.eo.* cōsequens est, vi sicut cæteræ actiones, quæ rē persequuntur, ita & hæc in hæredes in solidum, licet nihil ad eos perueniat, competat.

Contrarium affirmat *Cuiac. lib. Obs.7. c.37. & lib.13. c.37.* vbi defendit condictiunem furtiuam non dari contra heredes in solidum, sed tantùm in id quod ad eos peruenit.

Argumenta eius hæc sunt. Primò mouetur *per l.si tutor 9. §. vlt.cum l.seq.ff. de tut. & rat.dist.* ex qua colligit, condictionem furtiuam morte tutoris interire. Sed respondetur ibi tantùm proponi, quòd hæ tres actiones,

furti ſcilicet, damni iniuriæ, & condictio furtiua naſcantur quidem pupillo contra tutorem durante tutela. ſed non exercentur, dum tutor administrat tutelam. Deinde quod ſubiicitur, morte tutoris has actiones interire, hoc accipiendum eſt de actione furti, & damni iniuriæ, non de condictione furtiua, quæ non minus contra heredem, quàm ipſum furem competit. *d, l. in condictione* 9.

Secundò obijcitur *l. 3. §. pen. ff. de pecul.* vbi dicitur, ex furto filiifam. non dari condictionem furtiuam contra patrem in ſolidum, ſed tantùm, quatenus eius peculium locupletius factum eſt. Ergo neque in ſolidum dabitur contra heredem, quia eadem conditio eſt patris & heredis. Sicut enim heres non tenetur ex delicto defuncti, ita nec pater ex delicto filii. *l. ex pœnalibus* 58. *ff. de. R. I.* Reſpondetur, non bonam eſſe conſequentiam patris & heredis; nam condictio furtiua datur tantùm contra furem & eius heredem, non contra patrem ex filiifam. furto. *l. 5. ff. de cond. furt.* ſed tenetur tantum pater actione de peculio, quatenus eſt factus locupletior, ne ex filii furto lucrum faciat. Idque tam diverſimodè procedit in patre & herede filii, quia pater in vita filii, non ſuccedit, ſicut heres, niſi & ipſe pater heres extiterit filio.

Tertiò aduerſatur, quòd condictio furtiua actioni rerum amotarum æquiparatur, cùm vtraque contineat rei perſecutionem, & detur in heredes. *l. contra* 6. *§. ſi poſt. l. ſi mulier.* 21. *§. pen. ff. Rer. amo.* ſed actio rerum amotarum non datur in ſolidum contra heredes, ſed in quantum ad eos peruenit. *l. vlt. C. re. amo.* ergo neque condictio furtiua in ſolidum dabitur contra heredes furis. Reſp. Condictio quidem furtiua comparatur actioni rerum amotarum in quibuſdam caſibus, ſed non in omnibus: eſt enim in multis lenius & mitius iudicium rerum amotarum, condictione furtiua: vnde nec contra heredes vxoris vel mariti datur in ſolidum. Actio enim rerum amotarum non vlterius ligat heredes coniugum, quam in id quod ad eos per venit, idque in honorem matrimonii tranſacti eſt receptum. Vide hanc deciſionem pulchrè confirmatam *apud Anton. Fabrum lib. 4. coniect. iur. c. c.* 1. vbi eruditè omnia contraria argumenta Cuiatij refutat ibique notat ſe mirari Cuiatium ICtum. doctiſſimum in re tam aperta cæcutiiſſe, & hallucinatum eſſe.

ASSER-

ASSERTIO XL.

Mulier certiorata de iure suo, renuntiare potest SC. Velleiano, etiam extra iudicium. iuxta communem DD. opinionem, contra BARTOLVM, GOMEZIVM, *&* DONELLVM.

QVÆRITVR an mulier possit renunciare beneficio SC. Velleiani; ita vt efficaciter ex intercessione conueniatur? Bartolus inquit, contra hanc consuetudinem renuntiandi SCto. Velleiano est veritas, quia jure ciuili non potest renuntiare: pugnat Baldus, qui inquit, pro consuetudine respondendum esse, quæ optima est legum interpres.

Connani argumenta, quòd mulier renuntiare non possit beneficio suo, tria sunt: Primum est Bartoli, Qua leuitate & facilitate mulier ad intercedendum inducitur, eadem renuntiat. *l.interdum 19.ff.de mino.arg. l.doli.§. diuersum.ff. de nouat.l.vlt.C.de pact pign.l.si qua mulier 23.C.Ad SC.Vell.* Sed respondeo, pertinaciam esse mulieris, non fragilitatem censendam, cùm instructa & edocta de iure suo, priuilegio sibi competenti renunciat.

Secundò obstat *l.si mulier 22. C. ad SC.Vell.* vbi dicitur, si mulier iteratò fideiussit pro alio intra biennium, nihilominus illi competit beneficium SCti. Velleiani. Ergo & si mulier renuntiauit SCto. Velleiano, adhuc vtitur beneficio Velleiani. Nam idem est, siue mulier dicat noua cautione se omninò teneri velle, nec à priori obligatione recedere, an verò iuri suo renuntiando idem se velle ostendat. Resp. Aliud obtinet in renuntiatione, quam in secunda cautione: nam & secunda promissio intercessio est, & eadem fragilitate fieri potest, qua prima. *l.doli. 19.§. diuersum.ff. de nouat.* At renuntiatio aperta est remissio seu abdicatio sui beneficij, & fit ex certa scientia. Adde quod nulli inuito tribuitur benificium.

Tertium est. Pares sunt exceptiones SC. Velleiani & Macedoniani: atqui filius renuntiare non potest Macedoniano. Resp. Dissimilia sunt hæc, quia SC. Macedonianum introductum est in odium fœneratorum filiofam. mutuò dantium. *l.qui exceptionem 40.ff.de condict.indeb.* At Velleianum non in odium mulierum, sed in fauorem earum receptum est: quilibet autem fauori pro se introducto potest renunciare. *l.pen.C.de pact.* Renuntiare autem mulieres extra judicium SCto. Velleiano posse, liquidò patet *ex l. [illegible]v. §.pen.ff.Ad SC. Vell.* qui de renunciatione judiciaria non loquitur, sed de ea quæ fit ante constitutum iudicium, cùm extra ius quæritur, vtrum

purè,

purè, an cum exceptione mulier iudicium sit acceptura. Item exemplum renunciationis SC. Velleiani, habes *in l.2 & Auth. matr. & avice, item in l. vlt. C. Quan. mul. tut. off. item* No. 118. §. 4. vbi dicitur, quod mater possit esse tutrix filiorũ, si auxilio SCti. Velleiani renuntiet. Comprobat hanc assertionẽ, quod scilicet mulier posit beneficio SCti. Velleiani renuntiare, dummodò in specie sit de tenore & sententia huius SCti certiorata. *Gail. lib. 2. Obs. c. 77.* vbi dicit totũ mundũ seruare hanc opinionẽ. Approbant *Fachin. centur. 2. contro. c. 9. Cuiat. lib. 20. Obseru. cap. 34. Zaz. lib. 2. sing. respons. c. 18. Dissentit Gomez. tomo. 2. Var. resolut. c. 13. de fideiussor. nu. 17. & 18.* Diversam sententiam quoque sequitur & defendit eleganter *Eduardus Caldera in error. pragmat. lib. 1. c. 8. & 9.* vbi tamen *in fi. cap.* concludit, quod contraria sententia, quod mulier certiorata de iure suo, renuntiare possit SCti. Velleiani beneficio, consuetudine forensi sit recepta & vsu fori approbata.

ASSERTIO XLI.

Compensatio fit ipso iure, citra factum hominis.

CONTROVERTITVR inter interpretes, an conpensatio fiat ipso iure, an verò facto hominis operante. Et verior est sententia, fieri ipso iure, & debitorem alterum ab altero liberari ipso iure, quia compensatio vicem solutionis obtinet. *l. 4. ff. Qui po. in pig. l. 19. ff. de lib. caus.* Sicut autem solutione tollitur ipso iure obligatio, *§. 1. Inst. Qu. mo. tol. obl.* ita etiam compensatione, sine vlla sententia iudicis. *Duare. ad tit. de compen. c. 2.* Azo putat generaliter siue regulariter tum demum fieri compensationem ipso iure, cùm à partibus est opposita. *allegat. §. compensationes. Inst. de act.* speciale autem esse in delictis, in quibus ipso iure fit compensatio, sine facto hominis. *l. si duo. ff. de dolo.* Sed & quantum ad sistendum cursum vsurarum attinet, eam ipso iure fieri putat. *l. cùm alter* XI. *ff. de compen.*

Sed contrarium verius videtur, cùm leges quas Azo pro confirmatione adducit, parum ad propositum faciant. Diuersum itaque passim *ICti. & Impp. in l. si ambo. & l. posteaquam. ff. de compen. & l. vlt. C eo.* apertè decidunt, vbi compensationem ipso iure fieri adfirmant. Quod etiam apertissimè conuincitur *ex l. 4. C. de compen.* vbi Imp. Alexander rescribit, ipso iure compensationem pro soluto haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab vtraque parte debetur. Huius rei hic est effectus, vt non videatur debitor in mora soluendi, qui potest vice mutua debitum compensare. Item vt neque pœna, neque vsura quantitatis eius, quæ compensari potest, debeatur. *l. 4. & 5. C. de compen.* Qua de causa cùm alter gratuitam, alter sub vsuris

pecuniam

pecuniam debet, concurrentis vtrinque quantitatis vsuræ non præstantur. *d.l.cùm alter.*

Obijcitur huic sententiæ *§. in bonæ fidei & §.compensationes Inst. de act. & l. 4 C. de compen.* quæ aiunt opponendam esse compensationem in judicio. item *l. Quod Labeo 13. ff. de eod.* vbi dicitur specialiter opponendam esse compensationem certæ alicui petitioni. *Resp.* Oportet quidem compensationem in judicio opponi, saltem eatenus, vt de ea innotescat iudici, quia iudex non potest diuinare. Verùm postquam est opposita, tunc statim ipso jure tolli debitum, non ex quo reus eam apposuit, vel judex eam admisit, sed ex quo tempore inuicem aliquid cœpit deberi. Sic in simili casu dicitur, quod testamentum, in quo filiusfam. præteritus est, ipso iure nullum est. *§.aliud tamen. No.115.* attamen requiritur, vt petatur hoc decerni nullum, agendo vel excipiendo. *l. filio præterito 17. de iniust. rupt. irr.*

ASSERTIO XLII.

Commodati actioni non potest opponi compensatio.

PROBATVR *in l. vlt. C. Commo.* Vbi dicitur, prætextu debiti restitutionem commodati non probabiliter recusari. Vtputa si debeam tibi x. aureos, & commodaui tibi librum meum, prætextu debiti non potes retinere codicem meum. Ratio est, quia compensatio tantùm locum habet in quantitatibus, quæ inter se mutuam fructionem & permutationem recipiunt, non verò in speciebus vel corporibus. *l. si conuenerit 18. ff. de pi. act. l. si non sortem 26. §. si centum. ff. de cond. inde.* Idque propter inæqualem & incertam corporum æstimationem receptum est: in corporibus enim & speciebus variat valor & æstimatio. Ideoque ne creditor inuitus aliud pro alio recipere cogatur, hîc cessat compensatio, *l.2.§.1.ff. de reb.*

Obiicitur primò *l. vlt. C. de comp. & §. in bonæ fidei. Inst. de act.* vbi dicitur, in omnibus actionibus compensationi locum esse, excepta sola depositi actione, ergo & in actione commodati. *Resp.* Hoc verum est, si quantitas petatur, siue res, quæ in suo genere recipit functionem. In corporibus verò & speciebus non admittitur compensatio, quia incerta est harum rerum æstimatio, & non recipiunt hæ res mutuam inter se functionem. Itaque quia in commodato species quæ petitur, præcisè restituenda est, non potest commodatarius per compensationem rem commodatam retinere.

Secundò obijcitur *l. in rebus. 18. §. vlt. ff. Commo.* vbi dicitur, quòd Commodatarius conuentus actione commodati directa, iure compensationis consequi potest impensas quas fecit in re commodata. *Resp.* Hoc intel-

ligendum eſt, quando commodator non agit ad ſpeciem commodatam reſtituendam, ſed ad æſtimationem: vtputa ſi commodatarius rem commodatam deteriorauit, vel res commodato data æſtimata eſt, & æſtimationem ſe præſtiturum recepit. *l. ſi vt certo. §. commodatum. ff. Commod.* Tunc enim cùm non de ſpecie, ſed æſtimatione agatur, & in pecuniam fiat condemnatio, rectè opponitur compenſatio. *d. l. in rebus. §. vlt. Pacius cent. 4. concil. quæſt. 45.* Illud notandum quod *Cuiat. in d. l. vlt. C. Commod. text. emendat.* & pro commodati putat eſſe legendum commendati, id eſt depoſiti. Ita notat *Cuiat. lib. Obſ. 9. c. 39. Sed Contius ad d. l. vlt.* in omnibus manuſcriptis conſtanter tradit legi commodati, & à correctione Legum imprimis debemus, abſtinere, quia ICti interpretes debent eſſe Legum, non noui conditores iuris. Dicendum itaque potius cum Accurſio quod *in d. l. vlt.* agatur de debito non liquido, quod non cadit in compenſationem. *per l. vlt. C. de compenſ.* Vel potius quod *in d. l. vlt. C. Commod.* commodata erat ſpecies, vel quantitas tanquam ſpecies, quo caſu de iure communi locum non habet compenſatio. *per d. l. vlt. C. de compen. l. planè. 34. §. 2. l. ſed ſi certos 21. de leg. 1.*

Tertiò opponitur *l. creditoris 15. §. ſi dominus. & l. is qui rem 59. ff. de furt.* vbi dicitur quòd commodatarius poſſit retinere rem commodatam ob impenſas, quas fecit in re commodata. Reſp. Poteſt quidem commodatarius pignoris loco ob impenſas retinere commodatum, ſed illa retentio longè differt à compenſatione; nam qui pignoris loco rem retinet, reddit, vbi debitor ſoluere paratus eſt. *l. 6. §. 1. ff. Qu. mo. pig. ſol.* Qui autem compenſat, creditorem ſuum, eundemque petitorem ſubmouet, vt rem ſuam non poſſit actione conſequi. *l. 2. ff. de comp.* Pulchrè *Ioan. Mercerus lib. 1. opin. c. 14. Gilb. Regius lib. 1 ἐναντιοφανῶν, cap. 8. Borcholt. ad tit. de oblig. & actio. c. 2. nu. 78. & 79. Forner. lib. 2. ſelection. c. 14.* vbi probat, etiam in actione commodati, ſicut in actione depoſiti, locum non habere compenſationem. Vide præterea *Hotom. lib. 1. reſponſ. amicab. c. 21. & lib. 12. Obſer. c. 20. Nicolaum Genoam in conciliationibus Legum in iure ciuili contrariarum. in conciliatione antinomiæ inter l. vlt. C. Commod. & l. vlt. C. de compenſ. Diſſentit. Donel. in §. in bonæ fidei. Inſt. de act. Pacius cent. 4. enantioph. 44. Vide Fachin. lib. 1. contro. Iur. cap. 6.*

ASSER-

ASSERTIO XLIII.

Speciei ad ſpeciem, ſiue ſpeciei ad quantitatem non admittitur compenſatio.

CORPORIS certi ad aliud certum corpus non admittitur compenſatio. Ratio eſt, ne creditor inuitus aliud pro alio accipere cogatur, *l. 2. §. 1. ff. de reb. cred.* Cùm enim compenſatio vicem ſolutionis obtineat, *l. ſi debitor. ff. Qui po. in pig.* & in ſpeciebus ſeu corporibus variet æſtimatio, cadatque in eis affectio, cùm fundus meus mihi fortè longè carior ſit, quàm tibi tuus, non poteſt creditori, cui certus fundus debetur, obijci compenſatio, quòd inuicem fundum alteri debeat, cùm vna ſpecies propter inæqualitatem valoris & æſtimationis, non fungatur vice alterius. Quinimò nec ſi ex altera parte debeatur ſpecies, & ex altera quantitas, de quantitate ad ſpeciem admittitur compenſatio. *per l. ſi conuenerit 18. ff. de pig. act. tex.* elegans *in l. quod dicitur 18. ff. de imp. in res dot.* vbi dicitur, abſurdum eſſe diminutionem corporis propter pecuniam fieri.

Obijcitur *l. fructus 7. §. ob donationes. ff. Sol. ma.* vbi maritus poteſt fructus dotis cum corporibus à viro vxori donatis, & rebus per eam amotis compenſare. Reſp. Compenſationis verbum generale eſt, vt aliquando retentionem quoque contineat. Sic quæ dicitur compenſatio *in l. in rebus. §. vlt. ff. commod.* appellatur retentio *in l. creditoris 15. §. 1. l. ſi is qui 59. ff. de furt. Item in l. 1. C. Rer. amo.* ob res amotas compenſatio fit, *ſicut in d. § ob donationes*, quæ tamen vocatur retentio in *l. vnic. §. taceat. C. de rei vx. act.* Cæterùm compenſatio longè differt à retentione, quia compenſatio extinguit obligationem ipſo iure, & vſque ad concurrentes quantitates ſolutionem continet. Retentio verò pignoris loco eſt, vt tamdiu res apud creditorem maneat, donec illi ſatisfiat. *d. l. quod dicitur. & l. in his 66. §. 1. ff. Sol. ma.* vbi reſpondetur, tum demum in actione de dote veram compenſationem fieri, ſi quantitas vtrinque debeatur. Ergo compenſationis nomine retentio intelligitur in *d. §. ob donationes*, vt licet corporis ad quantitatem non fiat compenſatio, retentio tamen fieri poſſit. Vtputa ſi mihi centum debeas, ego tibi fundum dare obligatus ſim, ſi fundum petas, poſſum eum pignoris loco retinere, donec mihi ſoluas centum. *l. ſi non ſortem §. ſi centum. ff. de cond. inde. l. Iulianus. §. offerri. ff. de act. emp.* Sicuti is qui captum ab hoſtibus redemit, iure pignoris eum retinere poteſt, donec pretium redemtionis ſoluat. *l. Senatus. ff. de lega. 1. l. 2. C. de capt. & poſtl. reuer. Pet. Belloius in tracta. de compenſ.*

Vel brevius hoc modo respondendum; Quod *in d.§.ob donationes*, dicitur, compensari fructus rerum dotalium à marito perceptos, cum rebus à muliere ipsi marito debitis, vel ab ipsa amotis, hoc intelligendum est in eo casu, cum maritus non debet fructus, sed eorum æstimationem proinde pecuniam.

Secundò obijcitur *l.vlt. C.de compen.* vbi dicitur, compensationem admitti etiam in actionibus in rem, atqui certissimum est corpora & species certas vendicari. Resp. Tum demum locus est compensationi in corporibus, cùm corpora sunt ad æstimationem redacta, hoc est, cùm propter moram debitoris, speciebus extinctis, vel deterioratis, præstatur æstimatio, ita vt æstimationis concurrentes quantitates compensentur. *Gl. in d.l. vlt.*

Tertiò adversatur *d.l.vlt.§.C.de compen.* vbi compensatio non opponitur ab eo qui alienam possessionem perperàm occupavit. Atqui possessio significat prædium. *l.78.de V.S.* Ergo cum prohibetur prædium eo speciali casu, quo est perperàm occupatum, compensari, sequitur in alijs casibus venire in compensationem. Resp. Ibi ait Imp. prædonem prædium temerè occupantem, conventumque interdicto vnde vi ad restitutionem prædij, non compensare. Atqui constat violentum occupatorem non tantum teneri ad restitutionem prædij, sed etiam ad præstationes personales, siue prædium deterioravit, sive res in prædio constitutas per violentam occupationem perdidit. Statuit ego Iustinia. eum qui temerè alienam possessionem invasit, non habere compensationem in eo quod aliàs in compensationem cadit, puta in præstationibus personalibus, hoc est in fructibus ablatis, & alijs mobilibus in prædio existentibus, per vim corruptis & præditis.

Quartò obijcitur, quod in actione depositi cessat compensatio. *l. vlt.C. de compens.* Atqui species & corpora plerunque deponuntur. Ergo &c. Resp. Non tantum species & corpora, sed etiam pecuniæ deponuntur, vt non restitui debeat idem corpus, sed eadem quantitas. *l. Lucius 24. ff.depos.* Hoc igitur casu res deposita est compensabilis; proinde speciale est in actione depositi non habere locum compensationem. Cuius specialis iuris ratio est exuberantia bonæ fidei, quæ in deposito requiritur, quia ilicò & sine mora reddendum est depositum, non admissa vlla compensatione, retentione vel deductione. *l. penul. C. de pas.*

Postremò opponitur *l. si debeas 22. ff. de compens.* vbi dicitur, si debeas decem, aut hominem, admitti compensationem facta electione. Resp. Homo est genus, non species, generum autem admittitur compensatio, cum idem genus hinc inde debetur. Aliter respondet *Mercerus lib. 1. opin. iur. c. 14.*

ASSER-

ASSERTIO XLIV.

Etiam litigiosum debitum venit in compensationem.

ADMITTITVR etiam compensatio debiti, super quo lis contestata est, vtputa si quis debitum in iudicium deduxit per modum agendi, etiam lite pendente potest in alio iudicio idem debitum deducere per modum excipiendi ad compensandum. tex. est expressus *in l. in* *...npensationem 8. ff. de compen.* Ratio decidendi depromitur *ex l. non solet 86.* *... l. seq. ff. de R. I.* vbi pro regula traditur, quòd non debet deterior condi... eorum esse, qui litem contestati sunt, quàm qui non sunt, sed plerun...e melior. Nemo enim diligenter causam suam in iudicio persequendo, ...nditionem suam facit deteriorem.

Sed opponitur *l. vbi cœptum 30. ff. de iudic.* vbi dicitur, si quis id quod in ...o iudicio deduxit, opponat in alio, potest per exceptionem litis pen...entiæ repelli. Resp. Hoc est verum, si actor quod vno iudicio petijt, vel...t deducere in aliud iudicium per modum agendi, & sic ad eundem fi...em, scilicet ad impugnandum, hoc facere non potest. At verò potest il...ld, quod per modum agendi propositum est, in modum defensionis & ...ceptionis allegari.

Secundò opponitur *l. vlt. C. de compen.* vbi dicitur, de debito non liqui...o non rectè posse opponi compensationem: atqui illiquidum videtur ...se debitum, de quo adhuc sub iudice lis est. Resp. Licet lis sit contesta..., tamen intelligitur, quòd debitum erat liquidum, vel intra breue tem...s liquidandum: alioqui non posset opponi compensatio.

ASSERTIO XLV.

Quæ naturaliter tantùm debentur, veniunt in compensationem.

HIc est effectus naturalis debiti, vt licet non possit peti, tamen si quis conuentus sit super aliquo debito, cui vicissim actor aliquid debeat, saltem naturaliter, hoc debitum reus cum debito à se petitio com...ensare possit. *l. etiam 6. ff. de compen.*

Sed obijcitur *l. 2. C. de compen.* vbi dicitur, quòd si quis indebitè quid ...luit ex causa iudicati, cùm scilicet esset iniustè condemnatus, quo casu

is qui indebitum accepit, obligatur naturaliter, quia cùm iniquè condemnatus soluerit natura indebitum, is cui solutum est, natura debitor manet: & tamen si hic qui iniustè condemnatus soluit, conueniatur ex alia causa, non potest deducere in compensationem, quod ex iniusta sententia soluit; & sic quod sibi naturaliter debetur, non compensat. Resp. Quod dicitur naturalia debita venire in compensationem, cum tali restrictione accipiendum est, nisi ista debita possint aliqua exceptione elidi vel perimi: qualis est exceptio rei iudicatæ, præscriptionis, vel similis. *l. quæcunque 14. ff. de compen.* Sic cùm quis iniustè condemnatus soluit, licet is cui solutum est, videatur hoc natura debere, eò quòd quæ indebita sunt naturaliter ex parte soluentis, fiant ex parte accipientis natura debita; tamen ideò non compensatur hoc debitum, quia obstat soluenti exceptio rei iudicatæ. *Castren. ad d. l. etiam, & d. l. 2.*

Secundò aduersatur *l. creditores 10. de V. S.* vbi dicitur, creditores non esse eos, quibus natura debetur, vnde nec debitores sunt, qui natura tantùm debent, ex natura correlatiuorum: & per consequens naturalia debita non compensantur. Resp. Debitores non sunt qui natura debent, nec creditores quibus natura debetur, quod ad potestatem, & exigendi facultatem attinet. Naturalia enim debita propter defectum ciuilis actionis peti non possunt. Aliàs etiam naturalia debita dicuntur abusiuè & minus propriè debita, habentque certos in iure effectus, vt scilicet nouari & compensari possint; item vt pro naturali debito pignus & fideiussor rectè intercedat, & efficaciter obligetur. *l. fideiussor. 16. §. fideiussor. ff. de fideius. l. 1. ff. de noua. l. naturaliter. 13. ff. de cond. inde.*

Tertiò opponitur hoc argumentum. Naturalia debita non rectè soluuntur, *l. qui exceptionem. 40. l. interdum 29. ff. de cond. inde.* Ergo nec compensantur, quia compensatio loco solutionis cedit. *l. 4. C. de compen.* Resp. *d. l.* qui exceptionem, loquitur de naturali debito, quod per exceptionem perimitur, vt si mulier pro alio intercessit, & soluit, solutum repetere potest, propter exceptionem Velleiani, qua naturalis & ciuilis obligatio, qua mulier tenebatur, perimitur. In *d. l. iinterdum*, agitur de pupillo, qui non est factus locupletior. Hic non obligatur naturaliter, & propterea etiam non rectè soluit; & si soluat, solutum repetere potest.

ASSER-

ASSERTIO XLVI.

Tam morte mandantis, quàm mandatarij soluitur mandatum, si adhuc res sit integra.

HÆc assertio expresse ponitur *in l. inter causas 26. in princ. l. si quis alicui 27. §. morte. ff. Manda. §. item si adhuc. Inst. eo.* Ratio est, quia voluntas hominis morte finitur, & homo mortuus velle desinit. *l. 4. ff. loca.* tamen mandatarius ignorans mortem mandatoris, impleuit manda-m, vtilitatis causa competit ei actio mandati, ne iusta & probabilis ig-orantia illi damnum adferat. *d. l. inter. in princ.*

Obijcitur *l. si verò 12. §. fin. cum l. seq. ff. Manda.* vbi cùm mandatum es-t alicui, vt post mortem mandantis extrueret ei monumentum, vel ndum emeret post eius mortem, hoc mandatum non finitur morte andantis. Resp. Hæc assertio locum habet quando mandatum & eius fectus conferuntur ad vitam mandantis: sin autem vtrunque post mor-m confertur, mandatum morte non finitur.

Verùm grauiter cum hac solutione pugnat. *l. vlt. in fin. ff. de solut.* vbi tra-tur, quòd si creditor mandauit debitori suo, vt post mortem creditoris itio solueret, & is post mortem mandantis Titio soluat, non liberatur. esp. Ille tex. accipiendus est, quòd debitor cui mandatum erat, vt sol-eret Titio post mortem mandantis, non possit ei soluere post eius mor-m, inuito scilicet mandatore, quia finita est voluntas. Sicut enim sim-licia mandata sola morte mandatoris finiuntur, ita & mandata post ortem collata, finiuntur contraria voluntate mandantis. *Ita Bart. notat. l. vlt.* esse intelligendam. Idque euidenter confirmat antithesis, quæ in-r duos casus proponitur *in d. l. vlt.* Nam primò ponitur de eo, qui iussu editoris stipulatus est sibi solui, huic rectè post mortem creditoris etiam uito eo soluitur, quia ea lex fuit obligationis, & ex forma contractus is quæsitum est procuratori, eò quòd sibi fuit stipulatus. Deinde sub-ingitur aduersatiuè alter casus, quando simplex interuenit mandatum e soluendo alteri post mortem, hîc non potest inuito mandatore mor-io soluere mandatarius, ei cui iussus erat, quia finita est voluntas domi-i, contraria eius voluntate.

Secundo aduersatur *l. si quis mancipijs. §. si impubes. ff. de inst. act.* vbi traditur, uòd per mortem domini, qui institorem præposuit suæ negotiationi, non euocatur mandatum institoris. Resp. Distinguendum esse inter procu-

ratorem

ratorem, & institorem. Mandatum procuratoris sola domini morte finitur. *l. mandatum. C. Manda.* Mandatum verò institoris non extinguitur morte domini, qui eum præposuit mercaturis faciendis, sed durat, quamdiu non reuocatur institor ab heredibus. *l. sed si. 11. ff. de inst. act.* Speciale igitur hoc est in institore, vt morte domini mandatum eius non finiatur. Cuius specialis iuris ratio consistit in vtilitate commerciorum, quæ ad summam Reipub. pertinet, & priuatis magna adfert commoda. Vnde ne heredibus auferantur ingentia commoda, quæ ex actibus institorum ad dominos redeunt, non soluitur officium seu mandatum institoris, morte domini. *Cuiac. in tracta. 8 ad Africa. ad l. eius. ff. de re. cred.*

Tertiò aduersatur *l. cùm pater 77. §. Mæuio. de leg. 2.* vbi deciditur, quòd mandatum donationis causa mortis, non finitur morte mandantis, si mandatarius ignorans mortem mandantis executus est mandatum. Resp. Quando mandatum fit in vita mandantis, sed effectus eius post mortem protrahitur, tunc morte mandantis non reuocatur, si mortem ignorauit mandatarius. *Bart. ad d. §. Mæuio.*

Quartò repugnat *l. 1. C. de obl. & act.* vbi dicitur, si mandans defunctus sit, nec reliquit heredem, vtilis actio datur mandatario, directa verò datur, si heredem reliquit. Resp. Quod dicitur, morte mandantis re adhuc integra, solui mandatum, non habet locum in mandato actionum venditarum, donatarum, aut in solutum datarum, nisi mandans decessisset sine heredibus, quo casu datur vtilis actio mandati.

ASSERTIO XLVII.

Ex ratihabitione nascitur actio mandati.

Ex ratihabitione mandati actio generatur, illeque qui ratum habet, mandati actione obstringitur, *l. semper 60. ff. de R.I.*

Sed obiicitur, quòd decisum est à ICtis si quis aliena gerat negotia, vt si quis Titii debitores extra iudicium admoneat, iique gestori soluant, & Titius hoc deinde ratum habeat, negotia Titii gesta esse dicuntur, ideoque Titio competit post ratihabitionem negotiorum gestorum actio *l. si pupilli 6. §. item quæritur, & l. Pomponius 9. ff. de neg. gest.* Similiter ei qui pro absente debitore fideiussit, ratum debitore habente, datur fideiussori contra eum negotiorum gestorum actio. *l. ex mandato 20. ff. de neg. gest.* Distinguendum ex communi sententia DD. Aut quis gessit negotia absentis domini nullo mandato præcedente, & tunc non mandati, sed negotiorum gestorum actio competit. Aut negotium gestum est præsente domino,

& tunc

& tunc si id ei vtile est, ex sola præsentia datur mandati actio *l. qui patitur 18. & l. qui fide 53. ff. Manda. Peck. ad c. ratihabitionem. de R.I. in 6.*

Aliter etiã potest responderi hoc modo, quòd si quis pro absente fideiussit, vel negotia eius gessit, eo absente, & sine eius mandato expresso vel tacito, & sine ratificatione, tunc competit actio negotiorum gestorum. *d. l. ex mandato.* At verò si quis pro absente fideiussit, vel negotia eius gessit, qui deinde vbi rescivit, ratum habuit, is meritò tenetur actione mandati, cuius instar habetur ratihabitio. *l. licet. ff. de iudic. l. vlt. C. Ad S C. Maced.*

Sed contra hanc solutionem instatur *ex l. Pomponius 9. ff. de neg. gest.* vbi dicitur, post ratihabitionem competere negotiorum gestorum actionem. Resp. Ibi I C. loquitur de negotio gesto, quod vtcunque sit ratificatum, mandati tamen actio non sufficeret. Quo casu necessitas iuris exigit negotiorum gestorum actionem dari.

ASSERTIO XLVIII.

Ratihabitio retrotrahitur, & mandato comparatur.

HÆc assertio inter regulas Iuris relata est *in l. semper 60. & l. hoc iure 152. §. in maleficio. ff. de R.I.* & expresè ijsdem verbis ponitur *in c. ratihabitionem. de R.I. in 6.* Vnde qui negotium gestum ex post-facto ratificat & approbat, ad tempus actus seu negotij gesti hæc ratihabitio retrotrahitur, & perinde obligatur ratum habens, atque si tempore negotij gesti vel fecisset illud, vel fieri mandasset.

Obijcitur primò, quod Vlpian. respondit *in l. quid ergo 13. in princ. ff. de his qui no. infam.* Quòd si pater mandauit filio, vt ducat viduam intra annum luctus, quòd notetur infamia, sed si ratas habeat eiusmodi nuptias, pater non fit infamis. Resp. Ideò ibi ratihabitio non comparatur mandato, quia nostro nomine negotium non est gestum: quod autem nostro nomine non geritur, ratum à nobis haberi non potest. *c. ratum. de R.I. in 6.* Nuptiæ verò illæ, de quibus dictum est, nomine patris non sunt contractæ, sed filij *Peck. in d. c. ratihabitionem.*

Secundò aduersatur quod Africanus respondit *in l. bonorum. ff. Rem. ra. hab.* quòd bonorum possessio à procuratore agnita, & à domino ratihabitione confirmata, viribus caret. Resp. Ea ratihabitio propterea non valet, quia interposita est post tempus petendæ bonorum possessionis elapsum. Vt enim ratihabitio confirmet negotium antecedens, debet interponi intra illud tempus, quo actus expediri potuit.

Tertiò obſtat, quod Caius ait, ratihabitionem tutoris, de ijs quæ per pupillum geſta ſunt, mandato non comparari. *l. obligari. ff. de auth. tuto.* ſicut & alibi dicitur, quod mandare poſſit pater filio vt adeat hereditatem, ſed ratum habere non poteſt. *l. ſi quis mihi 25. §. iuſſum. ff. de acq. H.* Reſp. In illis negotijs mandatum & auctoritas pro forma actus à lege requiritur, quo caſu ratihabitio non exæquatur mandato. *§. tutor. Inſt. de auct. tut.*

Quartò & vltimò obſtat, quod apud Iulianum reſponſum eſt *in l. ſi pupilli. §. ſed ſi ego. ff. de N.G.* ſi ſeruum non neceſſarium emero filio tuo, & tu ratum habueris, nihil agi ratihabitione. Reſp. Ideò ex ea ratihabitione non datur actio contra ratum habentem, quia eius contemplatione nihil geſtum eſt. Ratum enim quis habere non poteſt, quod ſuo nomine non eſt geſtum. *l. ſi ſeruus 13. ff. de preca.* Aliter Cuiac. reſpondet, qui vult, illum text. ita intelligendum, non quod omninò nihil agatur, ſed quod ratihabitione pater non obligetur in ſolidum, ſed tantum quatenus ex negotio geſto factus eſt locupletior. *Cuiac. ad l. ſi eum ſeruum. ff. de re. cred. in tract. ad African.*

ASSERTIO XLIX.

Societas ſoluitur morte, hereſque ſocij in ſocietate non ſuccedit.

TEXTVS ſunt *in §. ſoluitur. Inſt. de ſociet. l. actione 65. §. morte. ff. eo.* Ratio eſt, quia in ſocietate certa eligitur perſona, certique hominis fides & induſtria in eligendo ſocio ſpectatur. *d. §. ſoluitur.* Sæpè autem accidit, vt heres non tam ſit idoneus ſocietati, atque defunctus ſocius. Adeo autem morte ſoluitur ſocietas, vt nec paciſci ab initio poſſimus, vt heres in ſocietatem ſuccedat. *l. nemo poteſt 35. l. adeò 59. ff eo.*

Cui obſtare videtur *l. verum 63. §. in heredem. ff. eo. & d. §. morte.* quæ apertè oſtendunt, pacto ſocietatem ad heredes poſſe extendi. Reſp. Aut agitur de ſocietate priuata, quæ inter duos pluréſve negotiatores lucri cauſa contrahitur; & in hac ſocietate non valet pactum, vt ſocietas ad heredes extendatur, *d. l. adeò.* Aut de publica ſocietate vectigalium exercendorum agitur; & hæc ſocietas pacto rectè ad heredes porrigitur, *d. §. in heredem.* Valet autem in hac ſocietate hoc pactum, tum propter negotij magnitudinem, varióſque tractatus, tum ne diſſoluta ſocietate publica locatio damnum faciat.

Secundo obijcitur *d. l. actione §. 1. & §. item ſi alicuius 9.* vbi etiam tranſit ſocietas ad heredes ſocij. Facti ſpecies talis proponitur. Contracta eſt

ſocietas inter duos emendorum equorum, & dum vnus peregrè proficiſcitur ad emendos equos, alter qui domi manſit, priuſquam equi emerentur, mortuus eſt: hoc caſu ſocietas finita non cenſetur, ſed lucrum poſt ſocij mortem ex negotiatione equorum perceptum, cum herede eius communicabitur. Reſp. Societas quidem morte ſocij finitur, ſed tamen actio pro ſocio non finitur. Vnde tenetur ſocius quæſita poſt mortem ſocij communicare, ſi modò rebus adhuc integris manentibus, ignorauit eum eſſe mortuum: ſecus ſi ſciuit. *d. §. item ſi alicuius. & d. §. in heredem.* Similiter quoad negotia quæ incepta ſunt geri, manet ſocietas inter ſuperſtitem ſocium, & heredem ſocij, vt ſcilicet lucrum & damnum quod dependet ex antegeſto, cum herede in commune conferatur. *l. heres 40. ff. eo. d §. morte.*

Tertiò obijcitur, quod dicitur in perpetuum coiri ſocietatem poſſe. *l. 1. ff Pro ſoc.* Reſp. Perpetuum non æternitatem ſignificat, cùm nulla ſocietatis in æternum ſit coitio. *l. nulla ff. Pro ſoc.* ſed dum viuunt ſocij, vt I C. interpretatur *in d. l. 1.*

ASSERTIO L.

Arbitrio collato in aliquem tertium, viri boni arbitrium electum cenſetur.

IN hac controuerſa quæſtione, qua tractatur, quando tertij arbitrio aliquid committitur, an tunc eius arbitrio ſtandum ſit, an verò recurratur ad arbitrium boni viri, hæc probabilior eſt ſententia, quòd viri boni arbitrium ſit comprehenſum, etſi nominatim certa perſona ſit deſignata, cius arbitrio fiat. Quæ ſententia non ſolùm in contractibus, ſed etiam in vltimis voluntatibus procedit. De contractibus textus ſunt expreſſi in *l. ſocietatem. 76. cum ll. ſeq. ff. Pro ſoc.* Idem in legatis obtinet: nam ſi alicui ex pluribus rebus optio ſit legata, arbitrio Titij, ſi Titius non arbitretur, legatario competit electio, ſecundum viri boni arbitrium. *l. vlt. §. ſed etſi quis. C Com. de lega.* Et generaliter traditur *in l. 1. de leg. 2.* in teſtamentis legatum in alterius arbitrium collatum, pro viri boni arbitrio accipi.

Obijcitur *l. 6. ff. de cond. & dem.* vbi teſtator iuſſit ſibi monumentum fieri ab herede, arbitrio Titij, adiecta pœna, niſi heres faciat: & deciditur, Titio non arbitrante, pœnam non committi ab herede. Itaque hoc caſu quoad pœnæ commiſſionem, à perſona Titij non receditur, neque recurritur ad viri boni arbitrium. Reſp. Quando heres iuſſus eſt facere monumentũ arbitrio Titij, ſub certa pœna, tenetur heres nihilominus facere

monumentum ſecundum dignitatem & facultates teſtatoris: ſed tamen mulcta non committitur, ſi Titius arbitrari nolit, aut non poſſit. *l. in teſtamento 27. ff. de cond. & dem.* Idque ſpeciali ratione receptum eſt, quòd ſtrictè accipiantur pœnæ in teſtamentis, vnde & legata pœnæ cauſa relicta iure veteri non ſubſiſtebant.

Secundò obijcitur *l. ſi coita 75. ff. Pro ſoc.* vbi dicitur, ſi ſocietas contracta ſit ex partibus, quas Titius arbitratus fuerit, ſi Titius non arbitretur, quòd ſocietas nihil valet. Similiter *in l. ſi merces 25. ff. loca. & l. vlt. C. de con. emp.* ſtatuitur, ſi venditio vel locatio ſit contracta, quanti Titius arbitratus fuerit, Titio non arbitrante, nihil actum cenſeri. Reſp. ſub diſtinctione, Aut tertius, in cuius arbitrium contractus collatus eſt, nihil eſt arbitratus, & tunc quaſi defecta conditione nihil actum cenſetur. Aut aliquid arbitratus eſt, ſed iniquius: & hoc caſu valet quidem contractus, ſed iudex iniquitatem arbitrij in melius reformabit, & ad æquitatem rediget. *l. vnde ſi Neruæ 79. ff. Pro ſoc.* Ratio diuerſitatis eſt, quia quando arbiter aliquid eſt arbitratus, ſed iniquius, iam conditio ſub qua ſtabat contractus, purificata eſt; & ex contractu nata eſt obligatio & actio, cui poteſt iudicis officium deſeruire, reducendo ad arbitrium boni viri. Sed quando nihil omninò arbitratus eſt, nulla nata eſt obligatio vel actio, cui viri boni vel iudicis arbitrium poſſit accedere in corrigenda iniquitate. Porrò hæc iniquitas corrigitur non ſolùm in bonæ fidei, ſed etiam in ſtrictis iudicijs, propter veriſimilem contrahentium voluntatem, cuius in omni iudicio habetur ratio. *l. ſi libertus iurauerit, ff. de op. liber.* Idem probat *l. in propoſita 78. ff Pro ſoc.* in verb. eò magis, quòd iudicium pro ſocio bonæ fidei eſt, quaſi dicat, idem ſtatuendum eſſe, ſi eſſet ſtricti iuris. Ita not. *Bart. in d. l. ſocietatem 76. §. arbitrorum.*

Tertiò obijcitur *l. vlt. C. de con. emp.* vbi deciditur, ſi venditio collata eſt in arbitrium Titij, & ille pretium definierit, omnimodò ſecundum eius æſtimationem pretium perſolui, & venditionem ad effectum peruenire: Itaque ſiue Titius æquum, ſiue iniquum ſtatuerit precium, ſtandum eſt eius arbitrio, neque recurri poterit ad arbitrium boni viri. Reſp. Eius legis hæc eſt ſententia, quod ſi Titius, cuius arbitrium in venditione comprehenſum eſt, pretium rei venalis, ſiue minoris æſtimauerit, ſiue pluris, quàm alij vulgò facerent, eius æſtimationi omnino ſtandum eſt. Si tamen rem maioris pretij æſtimet longè minoris, videlicet infra dimidium iuſti pretij, huiuſmodi iniqua emtio reſcindetur, ſicut ſi venditor rem ita nullo arbitrante vendidiſſet, venditio reſcinderetur, *per l. 2. C. de reſc. vend.* Neque *d. l. vlt.* aduerſatur, quia conſtitutiones generales iuris communis, ſpeciales exceptiones alibi traditas non excludunt, iuxta

regulam iuris, quod in toto iure generi per speciem derogatur. *l. in toto. de R.I. Donel. ad l. si arbitratu 43. ff. de V.O. num. 19.*

ASSERTIO LI.

Socius socio tenetur tantùm in id, quod facere potest.

SI quis cum socio agat judicio societatis, non plus consequitur, quàm aduersarius eius facere potest. Non enim totum quod habet, ab eo extorquendum est, sed & ipsius ratio habenda est, ne egeat, hoc est, eatenus exigendum est ab eo debitum ex societate, vt alimenta deducere possit. § *vlt. Inst. de act. l. sunt qui 16. ff. de re iud. l. in condemnatione. de R.I.*

Sed an hoc etiam beneficium detur vnius certæ rei, vel particularis negotiationis socio, non satis inter ipsos ICtos conuenit. Nam *in d. l. sunt qui*, statuit Vlpianus, omnium bonorum sociis hoc priuilegium competere. Contra Vlpiauus *in l. verum 63. ff. Pro soc.* etiam unius rei socium hoc beneficio gaudere affirmat, vt in id tantùm quod facere possit, condemnetur. addita eleganti ratione, quia societas ius quodammodò fraternitatis in se habet. Hæc loca ita concilianda sunt, quasi suppleat Vlpianus *in d.l. verum*, quod in *d.l.16.* omissum est, ac uterque locus coniungendus est, perinde ac si ita scripsisset Vlpianus, Socium omnium bonorum accipere debemus. Sed & si vnius rei socij sint, verum est eos conueniri, quatenus facere possunt. Duare. *ad d.l.16.* Idque euidenter probat ratio ab Vlpiano in *d.l. verum*, subiecta: vbi dicitur, id summam rationem habere, quia societas jus quodammodò fraternitatis in se habet. Quæ ratio cùm tam in socio particularis negotiationis, quàm vniuersorum bonorum locum habeat, meritò hoc priuilegium vtrisque sociis tribuendum est. Vbi enim eadem ratio militat, ibi idem ius seruari debet. *l. illud. 32. ff. Ad L. Aquil.* Et hanc sententiam tanquam verissimam laudat & sequitur *Nicolaus Genous professor Patauinus in conciliationibus legum contrariarum: in conciliatione l. verum est. Pro soc. & l. sunt qui 16. ff. de re. iud.*

ASSERTIO LII.

In pretio emtionis naturaliter licet contrahentibus se circumuenire.

EA est commerciorum ratio, & emtionis qualitas & conditio, vt quod pluris est, minoris emere, quod minoris est, pluris vendere permissum sit: naturaliter enim, id est, ex iure gentium, & natura contractus, possunt contrahentes se in pretio emtionis circumuenire. *l. in causa 16. §. vlt. ff. de mino. l. item si 22. §. vlt. ff. loca. l. si voluntate. C. de resc. vend.* Quæ circumscriptio hoc modo intelligenda est, quòd pro communi negotiatorum more, & ex emendi vendendique licitatione sit receptum, vt emtor quàm minimo emat, venditor quàm plurimo vendat: hic enim omnium animus est vili emere, carè vendere, vt Mimus dicebat, quilibet namque lucri sui causa hunc contractum suscipit. Et hoc est quod dicitur, naturaliter licere se in pretio circumuenire, nam naturalis ratio in hoc contractu quæstum, id est, inæqualitatem approbat: si tamen sit tolerabilis. *d. l. si voluntate.* Porrò ita demum admittitur hæc læsio seu circumscriptio pretij, si dolus absit. Si enim probari possit, quòd deceptio pretii ex dolo contrahentium proficiscatur, rescindetur venditio, *l. si quis affirmauerit 9. l. & eleganter 7. ff. de dolo. l. & ideò 23. ff. loca.* Malè ergo & imperitè vulgo ex hoc loco colligitur, quòd leges dolum & deceptionem permittant in contractibus, cùm nihil magis quàm fallere & decipere alium, à viro bono sit alienum. Deceptio nanque & circumuentio hîc non pro fraudulento venditoris consilio, quod fit ex proposito, intelligi debet: sed pro læsione, quæ re ipsa fit, & incuria contrahentium. Nam si interueniat euidens venditoris vel emtoris dolus, redditur contractus venditionis tanquam bonæ fidei, ipso jure nullus. *l. si dolo. C. de resc. vend. Old. cl. 4. act. 1.* Eleganter *Cuiac. ad No. 97. in fine.* Itaque hæc est sententia *l^is. in causæ. §. vlt. ff. de minor.* quod ICti ex tacita contrahentium indulgentia permittere videntur ob naturam contractus, modicam læsionem: cum alioqui commercia impedirentur, si semper exacta illa & mathematica pretij æqualitas foret anxiè & scrupulosè obseruanda. Honestius siquidem & vtilius est modicum defectum vel excessum mutuò condonare, quam in summa & præcisa æqualitate immorari, & se torquere. Itaque propter commerciorum vtilitatem, modica à summa pretii æqualitate defectio permittitur, quæ ob id naturaliter licere permittitur, quod contrahentes naturali consensu id sibi

si mutuo condonare videntur, & quia de natura contractuum ea esse videntur, sine quibus commodè non possunt in communi & promiscuo vsu haberi. Ita eleganter tradit. *Couarru.lib.2.Var.resol.cap.3.*

ASSERTIO LIII.

Dissensus seu error in materia vitiat emtionem, pignus & stipulationem non item.

SI in emtione contrahentes errauerint in materia, licet in corpore consenserint, emtio ipso jure nulla est: vt si æs pro auro, stannum pro argento væneat. *l. in venditionibus 9. ff. de con. emp.* & condictione indebiti vel sine causa, pretium quod soluit emtor, repetere potest *l. suæ rei. l. domum. l. im ab eo. §. vlt. ff. de con. emp.* Diuersum obtinet in stipulatione vel pignore, qui contractus non vitiantur, licet error in substantia vel materia interuenerit. *l. si id quod 22. ff. de ver. obl. 1. ff. de pig. act.* Ratio diuersitatis est, quod nihil superesset in obligatione, si diceremus pignus vel stipulationem nullam esse, vbi æs pro auro promissum vel oppignoratum esset. Itaque creditoris & stipulatoris interest, saltem illud corpus, quale quale sit, deberi: & sic æs saltem in obligatione venire: attenta insuper hac ratione, quòd nihil ex horum parte interdum in his contractibus interueniat. Alia ratio est in emtione, quia cùm emtor vicissim obligetur ad pretium dandum, ideò eius potius interest, ne vllo modo in ære consistat obligatio, quod pro auro venditum est, quàm si æs data ingenti pecunia comparet pro auro. Potest etiam alia reddi ratio diuersitatis, cur error in materia vitiet stipulationem & pignus, non verò emtionem, quia in emtione requiritur, vt proportio aliqua sit interpretium, & rem venditam. Jam verò nulla foret proportio, si verbi causa, pro auro æs venditum esset. Quæ enim proportio esse potest inter æs, & pretium auri.

Sed in hoc enunciato duo contraria ICtorum responsa occurrunt. Nam in *l. quod tamen 14. ff. de con. emp.* Vlpianus respondit, si inauratum vel inargentatum aliquid væneat pro aureo siue argenteo, valere venditionem, ideò quòd non erretur omninò in materia, est enim in eo auri vel argenti aliquid. *Contra in l. 41. §. vlt. ff. eo.* affirmatur, non valere venditionem, si mensa argento coöperta væneat pro argentea. Accur. *in d. §. vlt.* ait actum fuisse, vt solida mensa esset ex argento: ait enim lex pro solida. Quæ solutio non placet, nam & vas inargentatum dum vænit, pro solido vænit,

idque

idque pro cauto semper habetur. *l 3.ff.de re.Cred. Cuiac.* rectè censet inaurata siue inargentata separanda esse ab iis, quæ auro siue argento coöpetra sunt. Mensæ æneæ inargentatæ vel inauratæ argentum siue aurum inest: argento siue auro mensæ coöpertæ argentum siue aurũ non inest: sicut vestis qua homo coöperitur & tegitur, non est materia hominis. Lamina argentea, qua mensa coöperta est, quasi vestis est mensæ. *Cuiac.ad d.l.si id quod, 34 ff.de verb.obl.& lib.Obs.2.c.4.*

Secundò obiicitur *l. Labeo 45. ff. de con. emp.* vbi in materia est erratum, & tamen valet emtio, quia venditor qui vas aurichalcum pro auro vendidit, tenetur, vt aurum quod vendidit, præstet actione ex emto. Resp. Ex eo quod dicitur, actionem ex emto dari decepto, non sequitur valere emtionem: nam actio ex emto datur etiam emtori ad id quod interest, licet nulla sit emtio. *l.qui officij 62.§.1.ff.eo.* vbi qui ignorans emit rem sacram pro prophana, agit ad interesse, licet emtio nulla sit. Itaque emtori non dabitur hoc casu actio ad rem emtam, sed ad interesse.

ASSERTIO LIV.

Emtione perfecta, ne quidem cum arrharum dispendio ab ea recedere licet.

GRAVIS est quæstio, an ab emtione perfecta contrahentes solius arrhæ iactura possint recedere; Et verior est sententia, emtione per conuentionem absoluta, si alterutrum contrahentium pœniteat, minimè ab ea recedere licere, ne quidem cum arrharum dispendio; sed præter amissionem vel restitutionem arrhæ, ad implementum contractus agendum est. *l. 2.C. Quan. lic. ab emp. rec. VVesem. in para. de cont. emp. num. 9.* Itaque emtor si recusat implere contractum, perdit arrham, & insuper ad solutionem precii tenetur. *l.de lege.l.vlt.ff.de l.commis.* Venditor verò si nolit rem venditam tradere, duplicatam arrham restituere compellitur, & præterea ad tradendum vel præstandum id quod interest, cogi potest actione ex emto. *l. 1. & l. prædia 28. ff. de act. emp.* Conuincitur hæc conclusio ex eo, quòd arrhæ datio in emtione adhibetur, quo magis corroboretur contractus: arrha enim à Græco vocabulo ἀῤῥαϐὼν dicta est, quod validum & firmum significat. Vt enim stipulatio, ita & arrha firmandarum obligationum gratia interuenit, quo perfectam & validam esse emtionem euidentius probari possit, *l. quòd sæpè 35. ff. de con. eup.* Ergo si à perfecta nudo consensu emtione recedere non licet, neque partibus pœnitere est integrum: nisi

ni simul id quod interest aduersarij præstetur. *l. sicut. C. de obl. & act.* multò minus licebit à perfecta emtione discedere si non tantùm nudo consensu, sed præterea arrhæ datione firmata est. Quæ enim ad augendum inducta sunt, non debent diminutionem operari. *l. legata inutiliter. ff. de leg. 1.* Nec quicquam adiuuat contrariam sententiam *l. contractus. C. de fid. inst.* & *§. 1. Inst. de emp. & vend.* Ex quibus locis quidam colligunt, interueniente arrha posse contrahentes inuita etiam altera parte, sola amissione arrharum, ab emtione recedere. Quod enim ibi dicitur de amissione arrharum, intelligi debet de contractu imperfecto, vtputa si emtio in scriptùra celebrata sit, quæ nondum à contrahentibus subscripta, vel à tabellione in mundum redacta est, quæ emtio adhuc imperfecta est: hoc ergo demum casu sola arrharum iactura licet ab emtione recedere. Quod probatur ex certis verbis *d. §. 1.* vbi dicitur, donec aliquid ex his deest, pœnitentiæ locus est, & potest emtor vel venditor sine pœna recedere ab emtione, ita tamen nisi arrha data sit. Quæ sane verba arguunt ibi de contractu imperfecto agi, præsertìm cùm addantur nominatim hæc verba: *Is qui recusat implere contractum*, quod certè contractus imperfecti est. Adde, quòd *in d. l. contractus*, expressè dicitur, Qui vendere pollicitus est, venditionem recusans, in duplum arrhas reddere cogitur. Itaque quousque complementum non accesserit emtioni, licebit ab ea descedere sola arrharum iactura. *Eaq; fuit sententia bulgari & Iohannis magis approbata. Azo in sum. C. de con. emp.* Quorum sententiam sequitur *Bald. in d. l. contractus, & Bart. In l. 1. ff. de publica. Old. cl. 4. act. 2.* qui notat hanc esse veriorem opinionem, contra communem, quòd venditor non perficiens venditionem, vltra arrhas teneatur ad interesse.

ASSERTIO LV.

Perfecta emtione, quod fit simulatque de merce & pretio conuenit, periculum rei venditæ statim ad emtorem pertinet: contra Cuiacium.

TRADITVR hæc conclusio *in §. cùm autem. Inst. de emp. & vend. & l. necessariò. ff. de peri. & com. rei vend.* Vnde si ædes venditæ ante traditionem casu fortuito conflagrauerint, hoc periculo emtoris cedit, & nihilominus cogitur pretium soluere. *d. §. cùm autem, & ibi VVesemb.* Quæ regula duabus firmissimis rationibus fundata est, primò quia debitor speciei liberatur interitu rei, qui ante moram sine culpa eius contingit, licet res necdum tradita sit. *l. si ex legati 23. ff. de V. O.* Itaque cùm res vendita interiit casu

 fortuito,

fortuito, liberatus est ab eius præstatione venditor, tanquam speciei seu certæ mercis debitor, & res periit periculo emtoris, tanquam creditoris. Altera ratio est, quòd æquum sit ad eum spectare incommoda, qui sentit commoda. *l.10.ff.de R.I.* Itaque cùm emtor percipiat commoda rei venditæ, quæ ante traditionem accesserunt, veluti si ager alluuione excreuit; rationi consentaneum est, vt pericula & incommoda quoque sustineat. *l.1. C.de peri.& com.rei ven.*

Sed huic assertioni vehementer refragatur responsum Africani *in l. si fundus 33. ff. loca.* vbi dicitur, si fundus venditus ante traditionem publicatus sit, quòd periculum ad venditorem pertineat, & pretium emtori vel restituere vel remittere cogatur. *Cuiac.in tract.ad Africa.ad d.l.si fundus.& Azo in l.Lucius.ff.de euict.* tali distinctione hanc antinomiam conciliant, quòd si fundus ante traditionem publicatus vel peremtus sit, tunc periculum sustineat venditor, & emtori actio competat contra venditorem, vt pretium reddat vel remittat, & de fundo ante traditionem publicato respondisse aiunt Africanum *in d.l.si fundus*: Si verò post traditionem publicatus fuerit, periculum ad emtorem pertineat, & de fundo post traditionem publicato tractare volunt Paulum *in d.l.Lucius.* Verùm hæc distinctio contra indubitatam juris regulam, traditam *in d.§.cùm autem.* extructa est: Itaque ne contra certissima juris principia quicquam adstruatur, conuenientius est cum Antonio Fabro hanc pugnam tali distinctione componere. Aut fundus venditus ita peremtus est, vt omninò in rerum natura esse desierit, vt *in exemplis d.§.cum autem*, apparet: & periculum est emtoris, quia res præstari non potest, quæ non est in rerum natura, & emtor sibi imputet, quòd rem statim non sit nactus post emtionem. Aut res vendita præstari potest per rerum naturam, vt si fundus est publicatus, vel seruus subtractus, & tunc venditor non liberatur, nisi actiones suas præstet. Quòd si nullas habeat, quas in emtorem transferre possit, vtputa si rem alienam, quæ furto subtracta est, vendidit, aut fundus venditus publicatus est, tenetur saltem ad restitutionem pretii, quòd non præstet eam rem, quam per rerum naturam præstare potest, si fortè aut rem alienam emere, aut fundi publicati pretium, iis quibus assignatus est, præstare velit. *l. quod sæpè 53. §. si res vendita, ff. de con.emp.Fab.lib.2.coniect.c.4.* Aliam solutionem adfert *Vincent. Cabotius lib.1. disput.iuris ciuilis, cap.25.* qui putat speciale esse in publicatione, quod fundo vendito publicato periculum spectat ad venditorem. Idque propter eam rationem, quod iniuria possessori fiat, cui publicato agro modicum honoris gratia dari solitum tradit *Vlpianus in l.item si verberatum 15. §. item si fortè. ff.de rei vend.* Atqui sicut iniuria facta emtori, non nocet venditori, si fortè per imprudentiam judicis emtor de proprietate victus sit. *l.si per imprudentiam 51.*

rum 51.ff.de euict.l.emtor.C.eod. ita è contrario iniuria facta, vel vis illata venditori, emtori non nocet, nisi hactenus, vt id quod interest, venditor emtori non præstet. *d.l.si fundus.* Solutionem supra *ex Antonio Fabro allatam sequitur & approbat Guilhelmus Rancinus lib.3.Var.Lectio.cap.XI.*

Secundò obiicitur huic decisioni *l.lectos, cum ll.seqq.ff.de peri.& com.rei vend.* vbi dicitur, si lectos venditos, cùm fortè in via publica positi essent, concidit ædilis, periculum esse venditoris, ante traditionem. Resp. Ibi non casu fortuito, sed propter imprudentiam & incuriam venditoris lecti sunt concisi, qui eos cum impedimento vsus publici in via publica collocauit. Ideoque periculum meritò ad eum pertinet, vtpote cùm ejus facto & culpa interitus contingat.

Tertiò aduersatur *l.quod si neque. §.1.ff.de peri.& com.rei vend.* vbi dicitur, si materia vendita ante traditionem furto perierit, periculum esse venditoris. Resp. Ibi non certa species vendita fuit, sed genus, puta ligna vel trabes. Atqui quando non species sed genus venditur, veluti bos, equus; tunc ante traditionem perimitur res vendita venditori, quia genus perire non potest. *l.in ratione 30.§.verum.ff.ad l.Falcid.* Illud postremò benè notandum, quod in Curia Hollandiæ iudicando diuersa sententia approbata est, quod scilicet periculum rei immobilis venditæ ante traditionem spectet ad venditorem, *idq; vigore constitutionis Carolinæ sancitæ Anno* 1529.1°.*Maij*, qua cauetur, quod venditio bonorum immobilium non sit valida & rata, nisi facta sit & comprobata à iudice loci, vbi bona sunt sita Ita iudicatum & pronuntiatum est in curia prouinciali Hollandiæ in lite vertente *inter* *Theodorum Bernardi pictorem, contra Iacobum Adriani de Licht*, vti relatum extat *in decisionibus curiæ Hollandiæ, decisione 32.referente Senatore Carmelynio.*

ASSERTIO LVI.

Vino certo in specie vendito, periculum statim emtorem respicit, nisi id actum sit, vt degustetur.

IN rebus quæ degustari solent, periculum vsque ad degustationis diem, sustinet venditor. Si tamen certum vinum venditum est in specie, puta omne vinum quod in dolio vel in amphora est; statim periculum emtorem respicit, nisi ita vænierit, vt degustetur. *l.1.& 4.ff.de peri.& com.rei vend.l.2.C.eod.* vel nisi quid de bonitate vini venditor affirmauit, aut denique nisi sciuit bonitatem vini non duraturam, *l.si vina 15.ff.d.tit.* Hæc est ...onis sententia legibus maximè consentanea, quam approbant *Accur.& ...ro ad §.pen.Inst.de emp.& vend.& in manual.ad tit.de peri.& com.rei vend.*

Non obſtat *l.1. verſ. ſed etſi. ff. de per. & com. rei vend.* vbi in hæc verba loquitur I C. Si non ſint deguſtata, ſignata tamen ab emtore vaſa, periculum eſſe venditoris: vbi vinum in ſpecie venditum erat, quia certa vaſa ſignata ſunt, & tamen vſque ad deguſtationem periculum ſpectat ad venditorem. Nam hoc intelligendum eſt in terminis iſtius caſus, qui ab initio à I C^tis^ propoſitus eſt: nimirum quando conuenit ſimpliciter, vt periculum eſſet venditoris, neque tamen tempus appoſitum eſt, quouſque periculum ſuſtineat venditor: hoc caſu tempus deguſtationis obſeruandum eſt, vt eouſque periculum ſuſtineat venditor. *Coſtal. ad d.l.1. Salycet. ad l. ſicut 12. C. de act. emp.* vbi hanc ſententiam dicit eſſe puram & meram veritatem.

ASSERTIO LVII.

Venditor ſi facultatem habet rei tradendæ, præciſè cogi poteſt ad tradendum.

IN actione empti ad hoc tenetur venditor, vt ſi tradendi facultatem habeat, præciſè cogatur rem emtori tradere. *l. ex emto 11. ff. de act. emp.* vbi dicitur, venditorem imprimis rem ipſam tradere, id eſt, præſtare oportet, imò manu militari ab eo auferri poteſt, vt notat *Caſtr. ad l.1. ff. de act. emp.* probatur hæc deciſio quoque aperto & inconuincibili textu, *in §. perficiuntur. Inſt. de dona.* vbi Imp. ſanciuit, quòd donatio ad exemplum venditionis habeat neceſſitatem tradendi. Idem traditur *in §. pretium Inſt. de empt. & vend.* in verb. tunc omnimodò res, ſcilicet vendita, tradatur, ponderando dictionem omnimodò, quæ præciſam neceſſitatem habet. *l. ſi poſſeſſori. in princip. ff. de petit. heres.*

Obſtat *l.1. ff. de act. emp.* vbi dicitur, ſi res vendita non tradatur, ad intereſſe agi, vnde venditor præſtando intereſſe liberatur. Reſpondendum, quando non intereſt emtoris rem tradi, vt ſi mora commiſſa ſit, & ita occaſio benè vtendi re emta perierit emtori, tunc in arbitrio emtoris eſt agere ad intereſſe. *l. ſi traditio 4. C. de act. emp. l. ſi contractus 16. circa med. C. de fide inſtru.* Duarenus verò reſpondet, iſtam legem, & ſimiles quæ de intereſſe loquuntur, intelligendas eſſe, quando venditor non habet facultatem rei tradendæ; Itaque ſi habet copiam rei tradendæ, præciſè tenetur tradere; ſin minus, ad id quod intereſt, tenetur. *per l. qui tibi. 6. C. de hered. vel act. vend.* Hæc eſt opinio Martini *in d.l.1. & l. ſi traditio. C. eo.* vbi additio ad Gloſ. dicit hanc eſſe communem omnium penè D D. diſtinctionem. Alio modo poteſt etiam reſponderi *ad d.l. ſi traditio.* quod ideò in illa l. condemnatur

[ten]etur venditor ad intereſſe, quia ita petitum fuit ab actore, in cuius arbitr[io] reſidet electio, an rem venditam velit petere, an verò intereſſe. Idque [in]de colligitur, quod Imp. dicat, quod quanti intereſſe compleri emtione[m] fuerit arbitratus præſes prouinciæ, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit. Quæ omnia indicant, petitionem emtoris ad intereſſe præceſſiſſe, quia ſententia debet eſſe conformis libello. *l.vlt.fundus ff.Com.diuid.* Ita eleganter tradit *Fulvius Conſtantinus ad §.perficiuntur.num.4. In[ſt]. de donat.* Vide omninò pro confirmatione huius opinionis *Fabrum* [...] *coniect.c.17.*

Secundò obijcitur *l.ſi iactum. ff.de act.emp.* vbi dicitur, ſi venditor, qui iactum retis vendidit, piſces captos reddere nolit, æſtimari debet id, quod extraxit. Ergo venditor non tenetur tradere, ſed præſtando intereſſe liberatur. Reſp. Dicendum, quòd ibi non res certa, ſed factum potius venditum eſt. Nam cùm facta ferè omnia ſint incerta, iſta deciſio, qua traditur venditorem præciſè teneri rem venditam tradere, limitatur, niſi vendatur aliquid incertum, conſiſtens in ſpe, & pendens à futuro euentu; nam ſpe deducta ad certitudinem, & verificata, qui vendidit, & habet facultatem rei tradendæ, non præciſè cogitur tradere, ſed liberatur præſtando æſtimationem, & ſic intereſſe. *Ita Alex. Iaſon, & communiter DD. accipiunt d.l.ſi iactum.*

Tertiò aduerſatur, quòd in obligationibus facti ſufficit præſtare id quod intereſt. *l.72.§.vlt.ff.de V.O.l.ſi quis ab alio.§.vlt.ff.de re. iud.* Sed venditor ad factum tenetur, nempe ad rem tradendam. *l.4.ff. de vſur.l.ſi rem tradi 8.ff. de V.O.* Ergo præſtando intereſſe liberatur, neque præciſè tenetur rem venditam emtori præſtare. Reſp. Traditio ad quam venditor tenetur, non eſt res meri facti, quia habet in ſe incluſam dationem, & venditor non ſolùm tenetur ad tradendum, ſed etiam ad dandum, id eſt, transferendum dominium. *l.ex emto 11.ff.de act.emp.l.cùm manu ſata.80.§.vlt.ff.de con. em.* Ergo cùm venditor ad dandum quoque ſit obligatus, ſi rem habet, & poteſt eam præſtare, cogitur præciſè eam præſtare, quia hæc eſt natura obligationum dandi, vt omnimodò detur, id eſt, dominium transferatur in ſtipulatorem, *l.vbi autem 75.§.vlt.ff. de V.O.* Diſſentiunt *Vaudus lib.1.Var. quæſt.iur.quæſt.9. Fachin.lib.2. contro.iur.c.30.* qui ſtatuunt venditorem præciſè non poſſe compelli ad tradendum rem venditam, ſed præſtando ad id quod intereſt, liberari. Idem tenent *Godæ. in tract. de contr.ſtip. c.9. concl.4. n.65.Hotom.& Anton.Matthæus ad §.pretium.Inſt.de empt. & vend.*

ASSERTIO LVIII.

Remedium l. 2. C. de rescin. vend. non habet locum in transactione, contra BARTOLVM *&* ARIVM PINELLVM.

PROBATVR hæc decisio *in l. Lucius 78. §. vlt. ff. ad SC. Treb.* vbi deciditur, quòd si heres rogatus restituere hereditatem, quadruplo minus restituat, quàm verè in hereditate extabat, ad restituendum quod amplius est in hereditate non tenetur, si de restitutione hereditatis transactum est. Ratio decidendi est, quia transactiones sicut pacta sunt stricti iuris. *arg. l. 7. §. quinimò, & ibi Gl. l. si vnus 27. §. ante omnia. ff. de pact.* Atqui remedium *l. 2. C. de resc. vend.* in contractibus bonæ fidei tantùm locum habet.

Sed obijcitur *l. 3. §. 1. ff. de transac.* vbi deciditur, si transactum sit de fideicommisso, posse nihilominus transigentem consequi, quanto minus ex fideicommisso consecutus erat. Resp. Generaliter verum est, si quis minus, quàm sibi debebatur ex fideicommisso, per transactionem accepit, non posse eum à transactione recedere, si fortasse postea constitit ex repertis instrumentis, maiorem quantitatem bonorum per fideicommissum ei relictam esse, quàm heres indicauit. Verum à generali hac assertione excipitur iste casus, nisi ex codicillis postea repertis apparebat, maiorem quantitatem bonorum fideicommissario fuisse relictam, ísque huius rei ignarus transegit, modica quantitate fideicommissi sibi testamento relicti contentus. Ratio est, quia de controuersijs quæ ex testamento proficiscuntur, transigi aliter non potest, quàm inspectis cognitísque verbis testamenti. *l. 6 ff. de trans.* Ex quo sequitur, transactione super testamento, nondum prolatis codicillis, interposita, restitutionem fideicommissi in codicillis relicti non impediri, quia codicilli testamenti pars esse censentur. *l. pen. ff. Test. qu. ap l. quidam ff. de I. cod.* Atqui testamentum nec legitimè aperiri, nec exhiberi censetur, nisi totum videatur. Ita eleganter tradit *Forner. lib. 2. elect. c. 9.*

Secundò grauiter aduersatur *l. si quis cùm aliter 36. ff. de V. O.* vbi dicitur, si stipulatoris dolo promissor inductus est ad promittendum, vel etiamsi res ipsa in se dolum habeat, hoc est, si grauiter & enormiter promissor sit læsus ex stipulatione, quod competat ei exceptio doli. Ex qua l. colligunt communiter DD. quòd & si alteruter transigentium læsus sit vltra

vltra dimidium iusti precij, quòd remedio *d. l.2.* ei ſubueniatur. Reſp. Hæc exceptio doli longè diſtat à remedio *d. l.2.* quia competit tantùm promiſſori, re integra, dum ex ſua promiſſione conuenitur. Cæterùm remedium *d.l.2.* locum habet etiam contractu impleto, & datur ad contractum reſcindendum, re promiſſa ſoluta & tradita.

Tertiò repugnat *l.ſi ſuperſtite 5. C.de dolo.* vbi dicitur, quòd ſi filia immodicè læſa eſt ex tranſactione inita cum parte, quòd reſtitutio ei contra patrem competat. Reſp. Ideò filia ibi ob immodicam læſionem ex tranſactione reſtituitur, quia minor erat xxv. annis. Nam minores xxv. annis læſi in tranſactione, propter ætatis auxilium reſtituuntur; maiores verò non item. *toto tit. C. Si adu.tranſ. Not. VVeſem. in parat. de tranſ.* Vel potius dicendum, quòd ibi dolus interuenit præter immodicam læſionem. Sola enim læſio immodica non præſtat actionem doli. Vnde non propter immodicam læſionem, ſed dolum, ibi reſcinditur tranſactio. Quod etiam exeo probatur, dum ob paternam verecundiam ibi denegatur filiæ actio de dolo, ergo contra alias perſonas extraneas dabitur: quæ tamen actio non competit, niſi interueniente vero dolo.

Vltimò obijcitur *l.in ſumma 65.§.1.ff.de cond. inde.* vbi dicitur, ſi in tranſactione euidens calumnia detegatur, & tranſactio imperfecta eſt, & repetitio datur. Hinc colligit Bart. remedio *l.2.C.de reſc.vend.* locum eſſe, ſi in tranſactione quis læſus ſit vltra dimidium. Nam ex hac læſione detegitur euidens calumnia. *per l.ſi quis cùm aliter 36.ff. de V.O.* vbi iſta læſio immodica dolo æquiparatur. Reſp. locus ille non probat neceſſariò opinionem Bartoli, nam Bart. loquitur in terminis æſtimationis dubij euentu litis, conſiderando, quòd pro iure vel euentu cauſæ ſeu litis, duplo maior quantitas parti læſæ daretur. Sed hic nulla ſuberit lis vel litis ſuſpicio. Nam illa eſt huius §. ſententia, quòd tranſactio valet, etſi de præſenti non fuerit lis, ſi modò lis aliqua timeatur. *l.2. C.de tranſ.* Sin autem euidens calumnia eſt, hoc eſt, ſi neque de præſenti lis eſt, neque lis vlla in futurum timeri poſſit, tunc tranſactio eſt imperfecta. *l.23. C. de tranſact. l.6.C.de iu. & fact. igno.* Diſſentiunt ab hac deciſione *Bart. in l 2.nu.7. C. de reſc.vend. Pinel. ibid. part. 1. c.4. nu.14. quos ſequitur VVeſenb. in paratit. ff de tranſact. in fi. & poſtremò Fachin. lib.2. contro. c.26.* Communis tamen eſt opinio D D. quod ob immodicam læſionem tranſactio non reſcindatur, quando de dubio litis euentu tranſactum eſt. Verum *VVeſenb. poſt Bart.* contrarium ſervari teſtatur in curijs & tribunalibus Iudicum, atque remedio *d. l. 2. C. de reſc. vend.* in tranſactione locum eſſe, ſi quis in certo iure, puta diuidenda hereditate, probare poſſit, ſe tranſigendo vltra dimidiam partem eius, quod probabiliter conſequi potuit, læſum.

læsum esse. *VVesenb. in parat. ff. de transact. in fi. Planè edicto Regis Galliarum Francisci II. cautum est*, ne transactiones inter maiores XXV. annis initæ citra vim & dolum, rescindantur obtentu læsionis vltra dimidium iusti pretij. Ita refert *Iacobus Thuanus libro XXXV. Historiarum in fine. Idem edicto Emanuelis Philiberti Principis Sabaudiæ statutum esse refert Antonius Faber in error. pragmat. decade 8. errore 10. Vide Andr. Gail. lib. 2. Obs. c. 701.* vbi notat hanc opinionem, quod transactio prætextu læsionis vltra dimidium iusti prætij non rescindatur, tanquam veriorem in Camera Imperij aliquoties judicando esse approbatam. Contraria sententia, quod remedium *l. 2. C. de resc. vend.* etiam locum habeat in transactione in supremo tribunali Hollandiæ, judicando & pronuntiando est confirmata in lite seu controuersia pendente inter Dominum de Kruningen, & quendam N. Dorpium, qui tutor fuerat liberorum D. de Kruningen & quia in transactione super causa tutelæ prædictos liberos vltra dimidium iusti pretii læserat, hæc transactio per sententiam à Dominis Senatoribus supremæ curiæ retractata rescissa & irrita declarata est.

ASSERTIO LIX.

Ius accrescendi non transit in emtorem hereditatis.

RATIO huius assertionis est, quia ius accescendi regulariter tantùm locum habet in vltimis voluntatibus, non verò in contractibus. *arg. l. si mihi & Titio 110. ff. de V. O.* Cuius rationis hæc est ratio, quia quia cùm ius accrescendi legis dispositioni acceptum referatur, quamuis ea in re lex voluntati hominis tacitè innitatur, *l. si Titio 61. §. Iulianus. de leg. 2.* solum in vltimis voluntatibus meritò locum habere debet, in quibus voluntates testantium plenius accipiuntur. *l. in testamentis. ff. de R. I.* non verò in contractibus, in quibus totum negotium pressæ contrahentium dispositioni relinquitur. *l. veteribus. ff. de pact. l. triticum 94. l. quicquid 99. de V. O. Additio Zoarez ad Gomez. in var. resolut. c. de iu. accres.*

Obiicitur, quòd dicitur portionem portioni accrescere, velut alluuionem. *l. si Titio 33. §. 1. ff. de vsufr.* emtori ergo accrescet partem habenti. Item obstat *l. si totam 83. ff. de acq.* H. quæ non habenti partem suam negat accrescere, venditori ergo qui partem suam hereditatis vendidit, non accrescet, quia ius accrescendi sequitur rem & portionem, non verò personam. *l. hæc scriptura 26. §. 1. ff. de con. & dem.* Resp. quòd comparatio alluuionis non omni ex parte iuri accrescendi respondeat. Verùm quod dicitur portionem portioni instar alluuionis accrescere, hoc eò tantùm pertinet, vt intelliga-

intelligamus, habenti portionem suam, alienam accrescere, non amittenti. Atqui qui vendidit hereditatem, possidere videtur, quia pretium portionis venditæ habet, *l.4.§.vlt.ff.Si quis omis.caus.test.* cum pretium succedat in locum rei. *l. si & rem & pretium 22. ff. de pet. hered.* Ergo rem non amisit, igitur nec ius accrescendi. Contra is cui velut indigno erepta est hereditas, quòd tacitè incapaci cauit se restiturum, vt in specie *d.l. si totam,* plane amisit. *l.10. ff. de his qu. vt indig. ergo & ius accrescendi. Cuiac. lib. Obs. 12. Faber in erro. pragmat. decade 50. Errore V. & VI.*

Obiicitur etiam *l. fundus 64. ff. de con. emp.* vbi cùm quis emisset fundum sibi & Titio, cùm pro parte Titii emtio non subsistat, totus fundus alteri acquiritur, etiam pro parte Titii. Resp. Quòd pars Titii adiecta censetur superuacuò & inutiliter, ideoque nihil operatur, sed alteri totus fundus acquiritur, ne iniuria adficiatur venditor, qui de toto fundo vendendo cogitauit: nec voluit partem vendere, ne inuitus maneat in communione, quæ magna adferre solet incommoda. *Gomez. d. lo. num. 3. & vlt.* vbi notat hanc veriorem & magis communem esse opinionem DD. quod in emtorem hereditatis non transeat ius accrescendi. Dissentit *Duaren. Iur. accres. lib. 2. c. 6. & 19. Robert. lib. 3. animad. c. 19.*

ASSERTIO LX.

In contractibus ius accrescendi non habet locum.

PROBATVR hæc conclusio *in l. si mihi & Titio 100. de V.O.* vbi traditur, si quis stipuletur sibi & Titio decem, quòd hæc stipulatio sit pro parte vtilis, pro parte vero inutilis. Vtilis est illa, quæ in stipulatoris personam concepta est: inutilis vero, quæ in personam alterius collata est quia alteri nemo stipulari potest. *l. 38. §. alteri. ff. de V.O.* ideoque quinque tantùm stipulatori debentur. Ex qua lege colligitur, cùm in hac stipulatione stipulator & Titius, re & verbis coniuncti sint, *l. re coniuncti 89. de leg. 3. l. triplici. de V.S.* neque deficientis Titii pars stipulatori accrescat, in contractibus iuri accrescendi locum non esse. Idem probatur *ex l. aquam 16. Quem. seru. amit.* Hanc sententiam tradunt & defendunt. *VVesem. & Baro in §. Si eadem. Inst. de lega. Forne. ad l. triplici de V.S.*

Opponitur huic sententiæ *l. fundus 64. ff. de con. emp.* vbi dicitur, si quis fundum emit sibi & Titio, quod Titii persona superuacuo apposita sit, ideoque totius fundi dominium ad emtorem pertinebit. Vnde sequitur,

 quòd

quòd in contractibus locus sit iuri accrescendi. Item obstat *l.5.ff.Com.præd.* vbi qui seruitutem sibi & vicino in contractu acquisiuit, sibi soli integram seruitutem acquisiuisse censetur, adiectio autem vicini pro superuacua habetur. Resp. Hæc doctrina, quòd in contractibus inter coniunctos non sit locus iuri accrescendi, tum demum locum habet, quando rei in stipulationem deductæ tam facilis est diuisio, vt stipulatio eius diuisione non corrumpatur, vt in quantitate in stipulationem collata accidit. Aliâs autem in contractibus ius accrescendi locum habet, quando vel id quod in obligationem deductum est, diuisionem non recipit, ut seruitus. *d.l.5.* vel quando eius de quo conuentum est, diuisio obligationem corrumpit, vt fundũ tradi. *d.l. fundus.l. stipulationes non diuiduntur. de V.O.* In primo exemplo, quòd scilicet is qui sibi & alteri fundum emit, totum fundum habeat, propter duas rationes efficitur. Prima est, quia in hoc contractu venditionis de toto fundo vendendo apparuit esse actum, eò quòd toti fundo pretium est commensuratum. Vnde ne iniuria ædificiatur venditor, qui de toto fundo vendendo cogitauit, dicendum est totius fundi venditionem valere, & Titii personam adiectam pro superuacua haberi, ideoq̃ue & emtor repudiante socio totum fundum retinere cogitur. *arg.l.si quis aliam 46.ff. de solut.* Altera ratio est commnnionis incommodum, ne scilicet si ius accrescendi non admitteretur, emtor inuitus cum venditore communionem inire cogatur, ex qua maximæ discordiæ plerunque oriri solent. *l.cum pater 77.§.dulcissimis.de leg.2.* In secundo exemplo id efficit impossibilitas diuisionis, quia seruitus diuidi non potest, ideoque seruitus integrè vni acquisita videtur.

ASSERTIO LXI.

Nomine venditionis non continetur omnis alienatio.

QVOD nomine venditionis seu emtionis non contineatur alius contractus, nec etiam alia alienatio, probatur ex vi nominis. *per l. 1.ff. de con.emp.* vbi dicitur, quòd aliud sit emtio, aliud permutatio, quamuis permutatio sit vicina emtioni *l.1.& l.vlt.ff.de re.permu.* Alioqui frustra quæreremus an sit venditio, an permutatio, an alius contractus, si venditionis nomen omnes contractus comprehenderet, *l. 1. ff. de æst. act.* Item diuersa sunt nomina, ergo diuersi contractus. *l.si idem.C.de codtc.* Pro hoc quoque facit *l.vlt. C.de pact.int emp.& vend.* vbi dicitur, si quis ita paciscatur in venditionis vel alienationis contractu: ergo nomine venditionis non venit alia quæuis alienatio, alioqui cessit ibi superflua illa repetitio, vel alienationis. Itaque pro regula statuendum est, quòd nomine venditionis propriè non

ne continentur alius contractus. Ad hoc etiam est tex. notab. *in l. si pupillorum 7. §. si pater. ff. de reb. eor. qui sub tute.* vbi sic dicitur, Si prætor tutoribus permisit vendere, & illi obligauerint, vel contrà, non valet quod actum est quia aliud fecerunt, quàm quod à Prætore decretum est.

Sed opponitur *l. statuliberi 29. ff. de statulib.* vbi dicitur, quòd lex XII. tab. venditionis verbo omnem alienationem complecti videtur. Idem traditur *in l. sicut 8. §. venditionis. ff. Qu. mo. pig. sol.* vbi dicitur, quòd venditionis appellatione etiam legatum continetur. Resp. Quando eadem est ratio in alijs contractibus & alienationibus, quæ est in emtione & venditione, tunc non vi nominis venditionis, omnis alienatio continetur, sed ex mente & interpretatione ICtorum obtinuit, vt quod in venditione dicitur, habeat etiam locum in quibuscunque alienationibus, in quibus militat eadem ratio. Hoc verba legis XII. tab. suadent, quæ ita habent, Vendendi statuliberos ius potestasque esto. Hunc articulum, quo traditur statuliberos, hoc est eos, quibus sub conditiones libertas relicta est, *l. 1. ff. de statulib.* vendi interim posse, ICti ita interpretati sunt, quod & alio quocunque titulo alienari possint, quia lex XII. tab. venditionis verbo in hoc casu omnem alienationem complectitur. Idque ideò receptum est, quod quælibet ferè alienatio, olim per imaginariam venditionem, sicut heredis institutio, & emancipatio celebrabatur. Sic etiam in simili casu generaliter venditionis verbum accipere debemus, *in d. l. sicut §. venditionis*, quoad illum casum. Quia si creditor permittat vendi pignus à debitore, vel aliter alienari, ius suum amittit in illa re.

ASSERTIO LXII.

Pacto de retrouendendo præscribitur XXX. *annis.*

SI quis vendidit fundum adiecto hoc pacto, vt liceat ei pretium aliquando offerenti, fundum recipere; hoc pactum validum est, daturque ex eo venditori actio ex vendito contra emtorem ad fundum recuperandum. *l. 2. C. de pact. int. emp.* Sed quæritur, quanto tempore petitioni tractus ex pacto de retrouendendo præscribatur? Et verius est 30. annorum spacio præscribi. Cum enim reliquis omnibus actionibus personalibus regulariter tanto tempore præscribatur. *l. 3. & 4. C. de præsc. 30. an.* consequens est, & iuri offerendi, quod actione ex vendito quæsitum est, præscribi: ne possessores semper metuere repetitionem rei cogantur, & incerta reddantur rerum dominia, contra *l. 1. ff. de vsuca.* Et hæc est communis DD. opinio, *teste Wesem. in parat. ff. de resc. vend.*

Qui contrariam ſententiam ſuſtinent, nituntur hoc argumento, Res meræ facultatis nullo vnquam tempore præſcribuntur. *l. 2. ff. de via pub.* Atqui jus offerendi pretium ad redimendam rem venditam, videtur eſſe res meræ facultatis, quia eſt in mero venditoris arbitrio poſitum. Ergo non tollitur præſcriptione. Reſp. Hæc actio, qua quis oblato precio, ex pacto retrouenditionis petit ſibi rem venditam reſtitui, non eſt res meræ facultatis, quia non eſt in abſoluta facti poteſtate poſita, ſed obligationis jure conſiſtit, & eſt jus ex contractu alteri ab altero debitum. Ea enim demum ſunt meræ facultatis, quæ jure dominii nobis competunt, nec ab alio debentur, ſed inſunt propriis dominiis. Hæc quia vna cum dominio voluntate domini poſſidentur, & ab abſoluta domini voluntate dependent, nunquam præſcribuntur. Pulchrè *VVeſem. d. loco.*

Secundò aduerſatur, quòd in pacto de retrouendo adiiciatur plerunque hæc clauſula, vt quandocunque venditor vel eius heredes velint pretium offerre, poſſint fundum recipere. *d. l. 2.* Atqui iſtæ clauſulæ, ſemper, in perpetuum, quandocunque, deſignant temporis infinitatem. *l. ſi ita ſtipulatus 55. ff. de fideiuſ.* Ergo ſi talis infinitas placuit contrahentibus, meritò pactum eſt ſeruandum, & in perpetuum, non obſtante xxx. annorum præſcriptione, competit venditori ius redimendi. Reſp. Sub diſtinctione. Aut ſimpliciter & indefinitè pactum de retro vendendo adiectum eſt venditioni, & tunc iuri offerendi præſcribitur xxx. annis. Aut adiecta eſt hæc clauſula, vt quandocunque vel in perpetuum offerre pretium venditori liceat, & tunc in infinitum & omni tempore competit ius offerendi venditori. Quotieſcunque enim in contractibus quid perpetuò, vel quandocunque faciendum cauetur, & contractus ſui natura eſt tranſitorius ad heredes, tunc hæ dictiones abſque vllo temporis fine conſtant. *l. in hoc iudicium. § ſi conueniat ff. Com. diu. l. eum debere 33. ff. de ſer. vrb. præd.* Ita decidit *Zoannet. in tract. de pacto de retrouendendo. num. 33. 34. 35. & ſeqq. Approbat Fachineæ. lib. 2. contro. c. 13. Minſ. cent. 1. Obſ. 16. vbi teſtatur, ſæpè ita in Camera imperiali iudicatum fuiſſe.* Planè conſuetudine Germaniæ præſcriptione centenaria ius luendi, quod procedit ex pacto retrouenditionis, quando adiectum eſt pactum venditioni, vt quandocunque pretium offerente venditore, liceat ei fundum recipere, extinguitur. Ita in Camera Spirenſi ſummi tribuualis imperii ſeruari, & paſſim in Germania vſu receptum acceſtantur. *Minſing. obſer. 4. centu. 4. Weſenb. conſil. 8. nu. 9. Gail. lib. 2. Obſeru. cap. 18.*

ASSER-

ASSERTIO LXIII.

Nemo inuitus cogi potest rem suam vendere, ne quidem à Principe.

NEMO inuitus cogi potest ad rem suam vendendam, quia in potestate alicuius esse non debet, quasi per rapinam ab inuito domino, etiam iusto pretio rem comparare. *l.nec quasi 70. ff. de R.V.l.11. de R.I. ...ium 14. C de con.emp.l.nemo.C.de Iudæ.l.non enim ff Rer.amot. l.nec emere 16. C. de ...delib.l. invitum 10. C. de contr.empt.* Sed quæritur an Princeps subditis ...itis bona auferre possit, pretio exoluto, & verius est quòd non possit: ...a hoc iustitiæ est contrarium, quæ tantò plus in Principe necessaria est, ...ntò altior est eminentiæ suæ celsitudo. Vide *And.Gail.2.Obs.56. Zaz.ad l... §.eodem tempore ff. de orig.iu.& ad l.princeps.ff.de leg.num.13.* A quibus dissen... *Angel.* quem sequitur *Fabia. de monte, de emp. & vend.3. q. princ.num.39.*

Obijcitur *l.1.C.de epis.aud. & l.1.§. cura carnis ff.de off.præf.vrb.* vbi statuitur, ...od prouidere debent Episcopi, ne negotiatores vltra iustum pretium ...dant res ad victum necessarias. Vnde colligitur, quód cogi possint ...rcatores, vt iusto pretio vendant ea quæ ad victum pertinent. Resp. ...gulariter cogi non potest dominus ad res suas vendendas: exceptis ...us ad victum & alimoniam hominum necessarijs. Quando enim ci... ...s laborat inopia annonæ, tunc licet mercatores res victui necessarias ...ales non exponant, tamen possunt à magistratu cogi ad vendendum ...o & moderato precio, à Principe vel magistratu definito; ne quis res ...essarias hominum alimentis, grauissimo pretio pro libitu vendat, & ...peres in necessitate positos nimium exhauriat. Ita in Camera imperij ...icatum refert *Mins. cent.5. Obs.27.*

Secundò aduersatur *l. venditor 13. § 1.ff.Com.præd. l.si pendentes 27. § si quid ...carij.ff. de vsufr.* in quibus traditur dominum posse cogi non solùm iu... , sed etiam viliori pretio res suas vendere fisco vel priuato. Resp. Hoc ...n demum verum est, si iusta causa, puta necessitas vel vtilitas publica ...c postulat. Sic similiter *in l. Lucius* xi *ff. de euict. & in l.item si verberatum* 15. *ff. de R.V.* Princeps aufert possessoribus agros suos, & donat militibus, ...dico honoris gratia possessori dato. Hoc enim facit in fauorem & ...emium militiæ, quia benè de Repub. meriti erant milites, quòd patriam ...hostibus liberauerant.

Tertiò obijcitur, quod Imperator dicitur vniuersalis dominus rerum & bonorum totius mundi, vnde & de bonis priuatorum potest pro arbi-

trio suo disponere. *l. benè à Zenone. C. de quad. præscr. l. deprecatio. ff. Ad l. Rhod. de iac.* Resp. Imperator est omnium dominus, quoad defensionem, protectionem, & generale imperium, sed non quoad plenum dominium & proprietatem rerum priuatorum. Vnde quæ quilibet priuatus possidet, Principis sunt nudo imperio, singulorum verò dominio. *Costal. ad d. l. item si verberatum.*

Huc pertinet *l. dudum C. de cont. emp.* quæ dominis permittit liberam potestatem res suas vendendi, cuicunque velint, nec possunt consortes & proximi venditoris consanguinei extraneũ ab emtione submouere. Tollitur ergo ea lege ius προτιμήσεως seu prælationis. Cui opponitur *l. vnic. C. Non lic. habita. metroco. sua loca ad extr. transf. lib. XI.* quæ docet, vicanum qui fundum venalem habet, debere conuicanum præferre extraneo emtori. Itaque illa lex admittit & probat ius προτιμήσεως. Resp. Imp. generaliter sustulit in *d. l.* dudum ius προτιμήσεως, ne socij vel propinqui præferantur extraneis emtoribus. Addit tamen, nisi lex specialiter prohibuerit quasdam personas vendere res suas quibus voluerint. Sic lex specialiter tribuit conuicanis, vt habeant ius προτιμήσεως aduersus conuicanum. Sicut etiam dominus aduersus emphyteutas, qui ius suũ vendere volunt, habet ius prælationis. *l. vlt. C. de Iu. emph.* propinqui verò & socij hoc ius non habent, ex constitutione l. dudum, nisi ex pacto. *l. qui Romæ. §. coheredes. de V. O.* Postremò in feudis hoc ius προτιμήσεως renouatum est, & concessum est proximis agnatis feudum ab agnato venditum, pro eodem pretio, quo venditum est, ad se retrahere. *lib. 2. feud. tit. Per qu. fin. inuest.*

ASSERTIO LXIV.

Venditor etsi fundum simpliciter vendat, tamen eum liberum ab omni seruitute præstare tenetur.

DVBITATIONEM habet, an si venditor simpliciter fundum vendat, teneatur eum liberum præstare Nam ex *l. cum venderes 59. ff. de con. emp.* dicendum videtur, si non dixit venditor, se fundum vendere liberum, vel vti optimus maximusque est, de seruitute eum omninò non teneri. Dicit enim eo casu Celsus, *in d. l. 59.* non liberum fundum, sed qualis esset, præstari oportere, quasi venditor ignorans seruitutem, & non asserens esse liberum, teneri non debeat. Verùm hoc casu teneri venditorem, colligitur ex eo, quod generaliter dicitur, si euincatur seruitus, quanti minoris ob id prædium est, litem æstimandam. *l. sed etsi 15. §. 1 ff. de euict. l. quoties 61. ff. de æd. edi.*

Obstat

Obstat *d.l.cum venderes, & l.pen.ff. de evict.* quæ fundo simpliciter vendito aiunt venditorem emergentibus postea seruitutibus de euictione non teneri. Resp. Non tenetur venditor ob seruitutem emergentem emtori actione de euictione ad duplum, vel actione ex emto in id quod interest, sed æstimatoria actione tantum tenetur, quanti minoris emisset emtor, si seruitutem hanc impositam sciuisset. *d.l.sed etsi.§.1.l.in venditione 41.ff.de act.emp.* Excipiuntur duo casus. Primò si fundus venditus sit, vti optimus maximusque est, tunc enim de euictione actio competit, non quanti minoris. *l.cùm fundus 48. & l.penul.ff.de euict.* Secundò si sciens dolo malo vendidit ignoranti, quo casu etiam est actio ex empto in omne id quod interest, ratione doli. *l.1.§.1.ff.de act.emp.Duare. & Cuiac.ad l.38. §.si quis fortè.ff. de V.O. & lib. Obs.2.c.20. Gomez. de emp. & vend.num.45.*

ASSERTIO LXV.

Res ex mea pecunia emta, non est mea, sed ementis.

QVOD emtum est ex mea pecunia, meum non est. *l.6.C.de R.V.* vbi dicitur, si is apud quem deposui pecuniam, emat ex ea prædia quædam, ipsique tradita sint, ad ea vendicanda, non dabitur mihi, cuius fuit pecunia, actio, sed emtori. Hinc res quæ ex dotali pecunia comparata est non est dotalis, nec vxori, sed marito acquiritur. *l. ex pecunia 12.C.de iu.dot.l.vlt.C.de ser.pig.da.man.*

Obijcitur *l.res quæ 54. ff.de iu.dot.* vbi dicitur, quòd res quæ à marito sunt emtæ ex pecunia dotali, sint mulieris, cuius fuit pecunia. Resp. Datur mulieri vtilis vendicatio, si maritus ex eius pecunia dotali rem aliquam emit, eo demum casu, quando maritus non est soluendo, ne mulier amittat dotem, alioqui tantùm datur vxori contra maritum pro restituenda pecunia de dote actio. *l.vxor.marito 55. ff.de don.int.vir.& vxo.Costal.ad d.l.55. Cuiac.lib. Obs.5.c.29.* Aliter respondet *Guibertus in tractat. de dotib. c.vlt.* nimirum quod dicitur *in l. ita constante 26. & l. res quæ 55. ff.de Iur. dot.* res ex pecunia dotali emtas, effici dotales, hoc ita esse accipiendum cum sic pecunia doti datur, vt in emtionem prædiorum erogetur. Alioqui res emta ex pecunia simpliciter in dotem data non erit dotalis.

Secundò aduersatur *l.si vt proponis 8. C.de R.V.* vbi dicitur, quòd si quis emit rem aliquam ex pecunia militis, militi detur vtilis rei vendicatio. Resp. Hoc speciale est in milite, huius enim pecunia si quis quid emat suo nomine, non emtor, sed ipse miles erit dominus rei emptæ. Quod etiam rectè extendunt DD. ad bona emta ex pecunia pupilli & minoris, vt domi-

vt dominium eorum ad ipsos pupillos & minores pertineat. *per l.7.ff. Qui po. in pig.l.2.ff. Qu.ex fac.tuto.l.3.C.Arbitr.tutc. Notant Gl. & DD. in d.l.8. Costal. ad l.26. ff. de re. cred.*

ASSERTIO LXVI.

Non est necesse mercedem locationis consistere in pecunia numerata, contra communem DD. sententiam.

LOCATIONIS merces non solùm in pecunia numerata consistit, sed etiam in ijs rebus, quæ pondere, numero & mensura constant: verbi gratia, si ea lege ager elocetur, vt quotannis certæ mensuræ vini, aut certi modij frumenti mercedis nomine persoluantur. Mercedis enim vocabulo, quo passim in materia locationis vtuntur I C^ti, apud bonos authores non intelligitur pecunia numerata tantùm, sed generaliter quodcunque præmium, quod pro labore aut stipendio alicui datur. *Varro lib.2. de ling.lati. Coras.lib.2. Misc. c.11.* Probatur etiam hæc sententia *per l.si olei.21. C. loca.* cuius hæc sunt verba. Si olei certa ponderatione fructus annuos locasti, de contractu, ob hoc solum, quòd alter maiorem ponderationem obtulit, recedi non oportet. vbi communis interpretum intellectus meritò reprobatur: qui exponunt verbum locasti, id est, vsui concessisti, vt sic de contractu innominato, facio vt des, non de locatione loquatur: quia cùm titulus sit inscriptus de locatione, facit vt constitutiones omnes insertæ de eodem contractu accipiantur. Præterea non agi illic de contractu innominata, alia ratione liquet, nempe quòd *in d. l. si olei*, sanciat Imp. quòd in ea specie contractus partes non possint pœnitere: quod est contra naturam contractuum innominatorum, in quibus permittitur alteri contrahentium à contractu per pœnitentiam recedere. *l.si pecuniam ff. de cond.caus.dat.* Comprobant hanc sententiam *VVesem.in para. ff.loca.num.7. Cuiac.ad l.35.§.1.ff.loca.ad African. Pinel.ad l.2.C.de resc. vend.part.2.rubr.c.3. nu.28. Vulte ad §.præterea. nu.18. Inst.loca.* Adde quod *in d.l si olei*, dicitur hunc contractum, vbi ager est elocatus pro certis olei ponderibus esse bonæ fidei: Vnde apparet aperte locationem ibi contractam non verò initum contractum facio vt des, quia ille est stricti iuris, non bonæ fidei. *arg. §. actionum. Inst. de actio.*

Obijcitur *l.naturalis.§.at cùm do ff de præs.ver.* vbi dicitur, in locatione pecuniam requiri, sicut in emtione, in qua certum est pecuniam nume-

ratam

ratem desiderari. Resp. Non per omnia inter locationem & emtionem similitudo ibi instituitur. sed hic est sensus eius loci, quòd sicut conuentione certæ mercis & pecuniæ emtio contrahitur; ita ex conuentione pecuniæ dandæ pro facto quod locari solet, nascitur locatio. Non autem ibi dicitur, quòd de substantia locationis sit pecunia numerata, sed quòd vterque contractus sola conuentione contrahatur: emtio scilicet, si de merce & pretio conuenit; locatio verò, si de pecunia danda pro facto quod locari solet, conuenit. In hoc tantùm casu hi duo contractus conferuntur, non in alijs. Nullum simile est idem. *Pinel. ad l. 2. C. de resc. vend. par 2. rubr. c. 3. num. 28. & seqq. vsque ad finem.*

Secundò adversatur *l. 1. §. si quis servum. ff. depos.* vbi dicitur, si pecunia non intervenit in locatione, præscriptis verbis actionem dari. Ergo quoties merces locationis non intervenit in pecunia numerata, censetur contractus innominatus, ex quo competit præscriptis verbis actio. Resp. Ibi pecunia species quidem excludit, attamen comprehendit res, quæ pondere numero & mensura constant. Nam & pecuniæ verbum plerunque accipi solet pro rebus fungibilibus. *l. 2. §. creditum. ff. de reb. cred. l. 2. C. de const. pec.* Verius itaque est mercedem locationis non solum in pecunia numerat, sed etiam in rebus fungibilibus consistere posse, hoc est, in rebus, quæ pondere, numero & mensura constant. Dissentiunt *Fachin. lib. 1. contro. c. 82. Sipanius ad §. præterea. Inst. de locat. & conduct.*

ASSERTIO LXVII.

Ex conductione decennij non transit vtile dominium.

TRADVNT communiter DD. quòd ex locatione decennali, aut longiori tempore facta vtile dominium transferatur in conductorem. *arg. l. vlt. ff. Si ag. vect. pet.* Ita tradunt *Ferra. in for. libel.* ad ficti præstationem, in verbo, inuestiuit. Sed hæc sententia meritò à Connano improbatur. Nam locationis hæc est natura, vt non transferatur ex ea dominium, vt apertè traditur *in l. non solet 39. ff. loca. & l. 2. C. de præs. 30. an.* vbi dicitur quòd conductoribus longissimi temporis, puta 30. annorum, non procedit præscriptio, tanquã alienæ rei possessoribus. *fa. l. non solet 45. ff. de reg. iur.* Sed obijcitur *l. vlt. ff. Si ag. vect.* vbi ex longi temporis conductione datur vtilis actio in rem conductori, ergo transfertur vtile dominium. Resp. Hoc verum est in eo casu, quando non simplex locatio contracta est, sed conuentum est, vt negotium transeat in aliam speciem contractus, puta emphyteusin, vel superficiarium contractum: tunc enim vtile dominium transit in accipientem.

Secundò aduersari videtur *l.1. §. quod ait. ff. de superfic.* vbi traditur, ei qui ad non modicũ tempus conduxit superficiem, actionem in rem competere. Resp. Prætor non indistinctè ex locatione superficiei longo tempore facta, concedit actionem in rem; sed causa cognita: quando scilicet quis ea lege in alieno solo superficiem conduxit, vt ibi ædificare ei liceret. Nam ædificatio non rectè fit, nisi à domino, *§. cùm in suo. Inst. de re. diui.* Quare cui ædificandi ius conceditur, illi vtendæ rei ius pro arbitrio, atque ita vtile dominium concedi videtur. Approbat hanc decisionem *VVesem. in para. ff. loca.*

ASSERTIO LXVIII.

Emtor, legatarius, & alij singulares successores non tenentur stare conductioni, nisi conuentum sit.

DECISIO hæc apertè tradita extat *in l. emtorem. C. loc. & l. qui fundum 32.* Vbi eleganter *Costalius l. si merces 25. §. 1. ff. loca.* Ratio decidendi hæc est, quia colonus nullum ius habet in re conducta, sed solùm personam locatoris habet obligatam: quæ obligatio personalis non sequitur emtorem, vel alium singularem successorem. Vnde nec emtor tenetur stare locationi à venditore factæ. Et hoc est quod vulgari & vsitato dicitur axiomate: *Koop geht voor huer.* Quòd si colonus haberet ius in re, vtputa si ad longum tempus conduxisset, tunc ei emtor teneretur stare. Cùm enim habeat vtilem actionem in rem ad vendicandum, multò fortius dabitur ei possidenti exceptio. *l. 1. §. quod autem. ff. de superfic. Bart. in d. l. emtorem.* Eleganter & latè *Covarru. 2. tomo var. resol. c. 15.* vbi aliquot proponit limitationes huius assertionis. *Adde Guidonem Papæ decis. 280. Gomez. in var. resol. cap. de locat. & conduct. nu. 9.*

Sed aduersatur *l. si filiofam. §. vlt. ff. Sol. matr.* vbi locationi fundi dotalis factæ per maritum, vxor diremto matrimonio stare tenetur, quia tenetur marito cauere de indemnitate, si ante finitum tempus conductionis expellat colonum, & fortè maritus damnatus sit colono ad interesse, quòd non potuerit integro conductionis tempore vti; vxor inquam cauebit marito, quòd ei refundet, quicquid colono pro interesse soluit, quòd toto tempore fundo non potuerit vti. Ergo vxor, quæ est singularis successor mariti ex causa dotis, tenetur stare locationi per maritum factæ. Resp. Vxor quidẽ non tenetur præcisè stare locationi à marito contractæ, quia potest colonum expellere; sed tamen si præfractè iure suo vtatur, cogitur marito cauere de indemnitate, vt si illi ob non seruatam conductionem reliquo-

rum

rum annorum damnatus ſit, quòd ipſa hoc damnum ei reſarciet. Cuius iuris hæc eſt ratio, quòd tempore matrimonij eſt communis quædam ſocietas inter coniuges. *l. 1. ff. de rit. nupt. l. 1. ff. Re. amo.* & maritus bona fide adminiſtrauit bona dotalia, ideoque vxor tenetur ſtare locationi, quantum ad maritum, non autem quantum ad colonum. *Caſtren. in d. l. filiofam. §. ... ff. Sol. matr.*

Additur in theſi, quòd ſi tempore venditionis fuit conuentum inter emtorem & venditorem, quòd colonus non poſſit expelli, tunc colonus ... tus ab emtore non expelletur. Quæ exceptio additur *in d. l. emtorem.* Cuius exceptionis hæc eſt ratio, quia contractus ex conventione legem accipiunt. *l. 1. §. ſi convenit. ff. depoſ. l. contractus. de R. I.*

Sed huic limitationi aduerſatur, quòd ſtipulatione alteri per alterum non quæratur obligatio vel actio. *l. 38. §. alteri ff. de V. O.* Ergo neque hoc pactum venditoris cum emtore initum, prodeſt conductori. Reſp. Cum illi perſonali actione concurrit ius reale retentionis, quam habet conductor in fundo conducto, per quam detentionem acquiritur illi ius exceptionis ex pacto. *Gomez. tomo 2. Var. reſol. c. 3. num. 9. Godæ. ad l. facere 189 ff. de V. Oldend. cl. 4. act. 9.* Porrò hæc deciſio non procedit in colono partiario, nam huic emtor tenetur ſtare in conductione contracta. Ratio eſt, quia in talem colonum tranſit quodammodò dominium. *l. ſi merces 25. §. vis maior. ff. loca.* Ita tradit *Socin. in fallent. reg. x1.* Poſtremò ſciendum, quod emtor qui à fiſco fundum emit, non poteſt expellere colonum, cui fiſcus fundum locavit. Quod ſpecialiter favore fiſci eſt receptum, ne fiſcus colono teneatur ad intereſſe. *l. vlt. vers. Papinianus. ff. de iur. fiſ.*

ASSERTIO LXIX.

Ex contractu facio vt des, oritur præſcriptis verbis actio.

EX contractibus innominatis, qui ſunt quatuor, do vt des, do vt facias, facio vt des, & facio vt facias, oritur præſcriptis verbis actio: quæ ideò ſic dicta eſt, quòd detur ex præſcripto conuentionis, vel vti conuenerit inter contrahenres, ſi ſcriptum non ſit. *l. cùm mota. 6. C. de tranſ. ... ad Inſt. de loca. & cond.*

Sed dubia valde eſt quæſtio, an ex contractu facio vt des, hæc actio competat: in qua ipſi iuris authores inter ſe non conueniunt. Nam *in l. 5. §. quod ſi feci, ff. de præſ. ver.* Paulus reſpondit, ſi faciam vt des, & poſteaquam feci, ceſſas dare, nulla eſt ciuilis actio, ſed de dolo datur. Contrarium

decidit *Vlpianus in l. solent 15. ff. eo.* vbi tradit, in hac specie, si tibi seruum tuum fugitiuum indicaui, vt mihi x. dares, competere actionem præscriptis verbis: qui tamen est contractus facio vt des. Quod apertius traditur *in l. si tibi 22. ff. eo.* vbi traditur, in hac specie, si tibi dederim vestes meas poliendas aut farciendas, vt cùm eas sarciuisses, tantum tibi darem, quantum inter nos postea statutum esset, si fecisti quod conuenerat, neque do quicquam, aut non do æquum, dari tibi contra me præscriptis verbis actionem: in quo tamen casu contractus facio vt des, initus est.

In conciliatione huius antinomiæ verissima est distinctio *Accur. in d. §. quod si faciam.* communiter approbata à DD. Aut ex facto meo tibi nihil adest, nihil ad te accessit, veluti si seruum meum manumisi, vt mihi des decem, ex tali manumissione nihil ad te peruenit; & tunc actio præscriptis verbis cessat, sed de dolo actio datur. *d. §. quod si faciam.* Aut tale est factum, ex quo aliquid ad te accedit, veluti si decem quæ mihi debebas, ea conditione acceptò tuli, vt mihi annulum dares; & tunc competit præscriptis verbis actio. *l. ob eam 9. ff. de præs. ver.* Vnde similiter in specie supra proposita de opera suscipienda in vestibus resarciendis, aut expoliendis, pro mercede postea constituenda, eandem actionem competere perspicuè *Caius respondit in d. l. si tibi.* Hanc sententiam tuetur quoque & amplectitur *Hotom. in §. actionum. Inst. de act.* Sequitur *Costal. ad l. naturalis. §. quod si faciam. ff. de præsc. verb.* vbi notat ab hac communi opinione non esse recedendum: quia Neotericorum sententiæ habent divinationem, & nihilo vetere sunt probabiliores. Deinde in obscuris potior est antiquitatis causa, quod ea *(vt dicebat Pythagoras)* propius accedat ad Deum, & non ita vulgi opinionibus sit corrupta.

Secundò aduersatur *l. 4. & l. sub prætextu. 1. C. de trans.* vbi dicitur, quòd ex transactione quæ per acceptilationem inita est, competat actio de dolo, & nulla alia competit ei, cuius in transigendo fuit actio extincta, cùm tamen ibi initus sit contractus facio vt des, & quidem talis, ex quo ad aduersarium magna vtilitas peruenit, scilicet remissio litis: quæ leges iterum pugnant cum *l. cum mota C. eo.* vbi traditur, ex transactione, præscriptis verbis actionem competere. Respondent communiter *DD. in d. l. 4. & d. l. sub prætextu.* creditorē ad transigendum dolo fuisse inductum, quo casu actione extincta, actio de dolo tantùm locū habet. Vel melius ex sententia Donelli ita respondendum. Aut agitur de eo quod ante petere potuimus, retractando, & tunc nulla restat nisi actio de dolo. Aut actor consequi id vult quod trāsactionis causa promissum sibi est, & tunc datur præscriptis verbis actio. *d. l. cum mota.* Dissentiunt ab hac opinione *Cuiac. ad l. 7. ff. de pact.* qui statuit ex contractu facio vt des non oriri actionē civilem præscriptis verbis, sed de

ſe de dolo tantum, & in factum actionem prætoriam competere. Vide *Do l. in tracta. de præſc. verb. c. 2. & ſeq.* qui tradit ex contractu facio vt des, omnibus caſibus competere actionem præſcriptis verbis. *Contius lib. 1. iur. diſt. c. 13.* hanc legum pugnam ita conciliat, vt dolo non interueniente ſol præſcriptis verbis actio locum habeat. *d. l. 5 §. ſed ſi dedi. & d. l. ſolent. ff. de præ. verb.* dolo verò interueniente ſola actio de dolo competat, nec vllo ca concurrat actio præſcriptis verbis cum actione de dolo. *l. 7. in princ. ff. de* ſt. Vide *Corraſ. lib. 2. Miſcel. c. 10.* vbi etiam latè & perſpicuè probat, ex co tractu facio vt des, oriri actionem præſcriptis verbis, ſicut ex reliquis co tractibus innominatis.

ASSERTIO LXX.

Re aliena obligata creditori ſcienti, non conualeſcit pignus, dominio debitori poſtea ſuperueniente.

QVÆSTIO eſt difficilis, An conualeſcat pignus, ſi debitor rei alienæ, quam obligauit, poſtea fiat dominus. Et diſtinguendum eſt inter creditorem ſcientem & ignorantem. Si ſciuit rem fuiſſe alienam, dif-ficius creditori confirmatur pignus, ait Papinianus *in l. 1. ff. de pign.* difficı-li, id eſt, omninò non, *vt Gl. & DD.* interpretantur. Creditori igitur ſcenti non dabitur hypothecaria.

Non obſtat, quòd impedimentum rei alienæ, quo fiebat, ne res aliena pinori obligari poſſet, ſublatum ſit per dominium debitori acquiſitum, qua non ſufficit ad conſtitutionem pignoris, debitori dominium aliquando ſuperuenire: ſed vt pignus rectè contrahatur, requiritur præciſè, vt pignus tempore conuentionis in bonis debitoris fuerit *l. & quæ nondum. §. 1. in ve. cùm conueniebat. ff. de pign.* Si ignorauit creditor rem eſſe alienam, ex æquitate vtilis perſecutio exemplo pignoratitiæ creditori datur. *l. cùm res. C. Si lie. res pig.* Ratio diuerſitatis inter creditorem ſcientem & ignorantem eſt quòd creditori ignoranti rem alienam pignori datam, competat contraria pignoratitia contra debitorem, ad pignus magis idoneum ſubſtituendum. *l. tutor. §. contrariam. ff. de pig. act.* igitur æquitas ſuadet, vt eo caſu hypotheca confirmetur. Creditor autem doloſus & ſciens rem alienam ſibi dari in hypothecam, non poteſt contrario iudicio agere ad conſtituendum aliud pignus *d. §. contrariam.* Igitur æquitas, quæ nequaquam pro dolo militat, non dictat hypothecam confirmari, ne ad hoc quidem, vt vti-lis actio aduerſus debitorem detur. *Bart. in d. l. 1.*

Alij contrarium existimant, vtilem actionem hypothecariam creditori scientii contra debitorem dari, si debitor rem obligatam teneat, & exponunt verbum, difficiliùs, cum temperamento quasi dicat IC. difficilè quidem actionem vtilem dari, nihilominus tamen hoc vno casu dari. Mouentur hac ratione, quòd turpe sit debitori allegare, se rem alienam obligasse, & sic propriam turpitudinem detegere; atque inciuile sit, quod debitori semel placuit, cùm præstare non posset, iam cùm potuit præstare, displicere & præstare nolle. Sed hæc opinio meritò reprobata est *à Bartolo & Fulgo. in d.l. 1.* quos sequitur *Mudæ. in tract. de pign. c. 2. & Donel. de pign. c. 9.* Nam si interpretemur verbum, difficiliùs, pro ægrius, quasi IC. velit, difficulter quidem datur, sed tamen datur contra ipsum saltem debitorem hypothecaria actio, resultabit ex ea interpretatione maxima absurditas, vt videlicet fateri cogamur, promiscuè actionem hypothecariam dari creditori scienti, & ignoranti rem fuisse alienam. Quod tamen contra mentem Papiniani est *in d.l. 1.* qui scientẽ creditorẽ ab ignorante distinguit, in verb. qui non ignorauit alienum, à contrario sensu, & contra *d.l. cùm res*, vbi dicitur, exemplo pignoratitiæ vtilem hypothecariam dari, id est, non alij vtilem hypothecariam dari, quàm cui datur contraria pignoratitia actio. Certissimi autem iuris est, creditori scienti pignus alienũ fuisse, contrariam pignoratitiam non dari. *d.* §. contraria. Ergo multò minus dabitur hypothecaria. Cùm igitur creditori scienti contraria pignoratitia non detur, consequens est nec hypothecariam dari: nisi quæ magna ratio suadeat esse dandam, puta si nominatim id conuenit, aut appareat debitorem creditoremque id sensisse. *Donel. d. loco.* Nec ab hac opinione dimouet nos, quod supra de detegenda propria turpitudine obiectum. est, cùm etiam ignorans debitor alienam rem creditori scienti obligare potuit.

Obiicitur autem huic distinctioni *l. rem alienam* 41. *ff. de pig. act.* vbi indistinctè traditur, si debitor qui rem alienam pignori dedit, postea eius rei dominus factus est, dari creditori vtilem actionem pignoratitiam, nec adhibetur distinctio, an creditor sciuit vel ignorauit. Resp. Licet in principio legis generaliter IC. loquatur, tamẽ ex vltimis verbis legis apparet eum de creditore ignorante loqui. Nam in fine dicit, si conuenit de pignore, vt ex suo mendacio arguatur, improbè resistit, quominus vtilis actio moueatur. Quæ verba tantùm de debitore, qui creditori ignoranti rem alienam pignori dedit, exaudiri possunt. Ille enim ex mẽdacio suo argui tantũ potest, qui ignorantem aduersarium decepit mendacio, non is qui rem alienam suam esse asserens, pignori dedit, creditore id sciente falsum esse. Qui enim sciente aduersario quid falsum asserit, non dicitur eum decipere *l. qui se liti* 45. *ff. de pet. here. Donel. d. loco.* Vide de hac quæstione latius & plenius disserentem *Anton. Fabrum lib. 20. coniect. cap.* 17.

ASSER-

ASSERTIO LXXI.

pecies pignoris, quæ ἀντίχρησις appellatur, licet præscriptum à legibus vsurarum terminum egrediatur, illicita non est.

ANTIXPHΣIΣ est species quædam pignoris, qua ea conditione res pignori datur, vt creditor percipiat fructus in vicem vsurarum, donec soluat pecuniam debitor. *l. 11. §. 1. ff. de pigno. l. si pecuniam 33. ff. de pig. act.* Eaque conuentio valet, etiamsi perceptio fructuum legitimum vsurarum modum excedat, propter duas rationes. Primò propter incertum fructuum prouentum, quia cùm vno anno plus, altero minus nascatur, si forte pauciores fructus colligat creditor ex agro pignorato, quàm legitimarum vsurarum modus efficiat, contentus ijs esse cogitur. Ideoque si & vberiores fructus producat ager, debet hoc cedere lucro creditoris. Altera ratio est incertum fructuum pretium, quia eorum pretia pro locorũ & temporum varietate mutantur: atque ita fit, vt fructus aliquando excedant legitimarum vsurarum modum, quandoque vsuræ ampliores sint fructibus. Hæc inquam fructuum incerta æstimatio, & dubius eorundem prouentus antichresin permisit. *l. si ea lege l. si ea pactione. C. de vsur.* Similiter & propter incertum fructuum pretium & proventum hæc pactio admittitur, vt fructibus puta oleo, frumento, vino creditis, accessiones siue vsuræ eiusdem materiæ supra legitimum modum admittantur. *l. oleo 23. C. de vsur.*

Huic autem conclusioni grauiter obstat *l. cùm debitor. ff. In qu. caus. pig. tac. cont.* vbi Paulus scribit, cùm debitor gratuita pecunia vtitur, potest creditor e fructibus rei sibi pignoratæ ad modum legitimum vsuras retinere: ea lege non conceditur antichresis nisi ad legitimum vsurarum modum. Respondendum, duplicem esse antichresin, tacitam & expressam. Tacita est, quando debitor pecunia mea gratuitò vtitur, & vsuras ab eo stipulatus non sum: cuius beneficii pensandi gratia tradit mihi agrũ pignori, vt fructus vsurarum vice percipiam. In hac tacita antichresi, intra modum tantùm legitimũ vsurarũ, quasi tacito consensu creditor fructus percipiet. Itaque *d. l. cùm debitor*, tacitæ antichresis exemplum ponit, quod ipse etiã titulus exigit, qui est de tacitis pignoribus. Antichresis expressa est, quando nominatim creditor stipulatur vsuras pecuniæ mutuò datæ, & loco vsurarum debitor concedit creditori, vt fruatur fructibus prædij oppignorati.

In hac

In hac expressa antichresi fructus superare modum vsurarum possunt, in tacita non item. Eleganter *Cuiac. lib. Obs.3.c.35.& lib.8.c.17.* Pacius ad *l.si lege 17.C.de vsur.Borcholt. in tract.de Vsur.c.6.nu.5. Anto.Faber.in erro.pragmat.decade 1.errore.5.& 6.Dissentit Donellus in tract.de Vsur.cap.4.*

ASSERTIO LXXII.

Inuecta in prædium vrbanum tacitè pignori sunt obligata, non autem in prædium rusticum. contra communem DD. sententiam.

INVECTA ab inquilino in prædium vrbanum, vt perpetuò ibi sint, sine ulla conuentione tacitè censentur locatori ædium juris authoritate esse obligata, pro mercede domus. Diuersum est in prædijs rusticis nam inuecta & inducta in prædium rusticum, non sunt tacitè obligata, sed tum demum, si nominatim conuenit inter colonum & prædij dominum: fructus enim tantùm, qui ibi nati sunt, tacitè pignori sunt obligati ob mercedem locationis. *l. eo iure. l. in prædiis. ff. In qu.ca.pig.tac.con.l.3.& 5.C.eo.§.interdictum. Inst.de interd.* Ratio diuersitatis sumenda est ex moribus Pop.Rom.Solebant apud Romanos in prædiis rusticis nata pro mercede agri obligari, in vrbanis autem prædijs inuecta illatáve. *l.si seruus 61.§.locaui.ff. de furt.* Quod autem erat in more positum, paulatim in ius transijt. *arg.l.1.ff.de vulg.& pup subst.l.1.ff.de don.int.vi.& vx.* Hanc rationem diuersitatis Duare.& Cuiac. reddunt *ad l.4.ff.de pact.Donel.in tract.de pact.c.4.* hanc adfert rationem, cur inuecta in prædium rusticum non sint tacitè pignori obligata, quia locatori pro pensione agri satis sit cautum fructibus, quos pignori esse diximus: hi cùm nulli in vrbanis prædiis nascantur, necesse fuit, siquidem vlla re caueri vellemus locatori, inuectis & illatis cautum esse. Adde quod rustici plerunque inuehere solent in prædia rustica instrumenta ad agri culturam pertinentia, puta rastra aratra ligones, boues aratorios, quæ sunt priuilegiata, & pignori capi non possunt. *l.pignorum 8. & Auth.seq.C.Quæ res pign.obl.pos.Accurs.in §.item Seruiana.Inst.de actio.* hanc rationem reddit, cur inuecta & illata in prædium rusticum non sint tacitè obligata domino prędij pro mercede locationis, quia sancta rusticitas omnia palam habet, & nihil occultum relinquit, sed inquilimus multa etiam clàm apportat, quæ dominus ignorat.

Non obstat *l. certi iuris. C. loca.* vbi dicitur, quæ coloni voluntate dominorum in fundum conductum induxerunt, pignoris iure teneri: Ibi enim

enim voluntatis nomine significatur expressa conuentio, hoc est, quando nominatim inter colonum & dominum prædij conuenit, vt inducta in prædium rusticum pignoris jure teneantur, tunc pignori erunt. Ad quid enim de voluntate domini induci exigimus, nisi de inductis pactio aliqua facta fuerit? voluntatis enim verbum pactionem quoque expressam denotat. *l. Pomponius. ff. In qu. ca. pig. tac.* Ita conciliant hanc antinomiam *Menoch. in tract. de interdict. remed. 3. adipisc. posses. quæst. 4. Corras. ad §. Item Seruiana. Inst. de actio. Conna. lib. 4. comment. iur. civ. cap. 16. nu. 5. Charondas lib. 3. verisimili. cap. 15. Baro ad d. §. item Seruiana. Inst. de act. Baro, Duarenus & Cuiacius ad l. 4. ff. de pactis.* Dissentiunt communiter *DD. ad §. item Seruiana. Inst. de actio. Neguzant. de pigno. part. 2. memb. 4. num. 147.* qui statuunt indistinctè & communiter tam invecta & illata in prædium rusticum à colonis, quam inducta in prædium vrbanum tacitè domino prædij pignori obligari, licet nulla de ipsce bonis illatis in prædium rusticum interuenerit conuentio. Obijcitur huic assertioni *l. 3. ff. In qu. cau. pig. tac. contr.* vbi dicitur, si horreum sit conductum, etiam ex tacita conuentione inuecta & illata esse pignori. Resp. Horreum etiam in jure accipitur pro prædio vrbano, in quod homines pretiosissimam partem suorum bonorum reponunt. *l. 3. §. effractura. ff. de off. præf. vig. l. pediculis 32. §. item cum quæreretur. ff. de auro & arg. leg.*

ASSERTIO LXXIII.

Quando nihil pactum est de distrahendo pignore, creditor nihilominus post vnam denuntiationem, pignus statim vendere potest.

Si inter creditorem & debitorem nihil conuenit de distrahendo pignore, tunc debitore cessante in solutione, postquam creditor semel denuntiauit debitori venditionem pignoris, statim & sine vlteriori temporis expectatione pignus distrahere poterit. *l. 4. & ibi Costal. ff. de pig. & l. 4. C. de dist. pig.* Volunt autem vulgo interpretes hoc ius emendatum esse per constitutionem Iustiniani *in l. vlt. C. de iu. do. imp.* & putant, non ante biennium, postquam est debitori facta venditionis denuntiatio, posse pignus distrahi. Sed verior & probabilior est sententia, non esse jus vetus constitutione Justiniani emendatum: Primùm, quia durum & iniquum videtur, vt creditor qui jure pignoris rem possidet, tam longum tempus expectare cogatur, nec ante possit ius suum consequi. Deinde constitutio Justiniani ad eos tantùm pertinet, qui ius dominij in pignore impetrare

impetrare volunt, vt non ante biennium id impetrare possint, biennio autem exacto non statim possint, sed prius rem venum exponere, & distrahere si possint, experiri cogantur: si non possint, vt si pignus emtorem non reperiat, tum deinde à Principe impetrare poterunt, vt pignus iure dominij possideatur. Et huius sententiæ hoc est euidens argumentum, quòd Imp. initio eius constitutionis proponat, se formam in iure dominij impetrando mutare velle: vnde non efficitur, idem esse obseruandum in eo casu, quando solum pignus distrahere vellet. Hæc eruditè disserit contra communem sententiam *Donel. in tract. de pigno. c. 12. de distr. pign.*

ASSERTIO LXXIV.

Qui priorem habet generalem hypothecam, creditori posteriorem generalem hypothecam habenti, in bonis post vtranque obligationem quæsitis præfertur.

CVM generalis hypotheca non solùm præsentia, sed etiam futura bona comprehendat. *l. vlt. C. Quæ respig. obl.* quæsitum est, an in ijs bonis, quæ post secundam obligationem accesserunt, etiam prior creditor præferatur. Et verius est, præponendum esse eum qui priorem hypothecam habuit, etiam in bonis postea quæsitis. *tex. in l. vlt. ff. Qui pot. in pign.* Itaque si Titius primùm mihi omnia sua bona generaliter obligauit, deinde etiam tibi generaliter, præferar ego in quæsitis à Titio post vtrunque contractum. Idque ex generali iuris regula rectè obtinuit, quòd nimirum qui prior est tempore, potior quoque sit iure, & in persecutione pignoris præferatur. *l. 2. & l. creditor 12. ff. d. tit.*

Sed huic assertioni grauiter obstat *l. si qui mihi 28. ff. de Iu. fis.* in qua traditur, quòd creditor qui prius cum priuato contraxerat sub generali hypotheca omnium bonorum, non præfertur fisco post contrahenti, sed fiscus licet tempore posterior, tamen potior est in bonis postea quæsitis: quæ lex è diametro pugnat cum *d. l. vlt. ff. Qui po. in pig.* Variæ sunt ad hanc antinomiam responsiones. *Cuiac. lib. Obs. 10. c. 22.* ita respondet, quòd creditor prior tempore, in bonis tempore prioris obligationis pertinentibus ad debitorem, item in bonis acquisitis post priorem obligationem antequam cum fisco contraheret, præferatur fisco; sed in bonis quæsitis post obligationem fisci, creditor prior non præfertur, sed in ijs fiscus licet posterior præponitur. Mihi verior videtur Bartoli & Connani conciliatio, quòd hoc speciali priuilegio fisci sit receptum, vt fiscus licet posterior sit

rie ſit creditor, tamen in bonis poſt vtranque obligationem quæſitis potior. Idque ideò fit, quia bona poſtea quæſita cum ſua cauſa & conditione, quam legis auctoritas illis impoſuit, creditori primo obligantur. At lex ſtatuit, vt bona contrahentium cum fiſco, tam præſentia quàm futura, tacitè obligentur fiſco. *l. aufertur 46. §. fiſcus. ff. de iu. fiſ. l. 3. C. de priu. fiſ.* Igitur cum ea qualitate bona affecta ad priorem creditorem tranſeunt, nempe vt ſint fiſco obligata. Non mirum ergo, vt fiſci obligatio in ijs ſit potior & prior, quia omnia quæ quærit debitor fiſci, tacitè oppignorata ſunt fiſco. Igitur cum taciti pignoris vinculo quæſita bona prioribus creditoribus tenentur, cùm obligatio futurorum bonorũ tum demum conualeſcat, cùm quæque res incipit eſſe debitoris. *l. idemq́ 7. §. 1. ff. Qui po. in pig.* Ita tradunt *Bart. in d. l. ſi qui mihi. & Conna. lib. 4. coniect. c. 17. Vide Anton. Fabr. aliter hæc explicantem lib. 2. coniect. c. 10.* & aliter *Fornerium lib. 1. ſelection. c. 24.* denique aliter *Donellum in tracta. de pignor. cap. 12.*

Verùm adhuc grauiter obſtat huic ſolutioni *d. l. vlt. ff. Qui po. in pig.* vbi prior creditor etiam in bonis poſtea quæſitis præfertur fiſco. Reſp. Ibi prior creditor habebat priuilegium tutelæ, & ſic cum fiſco paris erat conditionis, quia vterque pariter erat priuilegiatus, vnde meritò fiſco præfertur in poſtea quæſitis. Vbi enim ſunt paria priuilegia in pignoribus, antiquius eorum præfertur. Aliud eſt in creditore non priuilegiato, qui prius contraxit, hic fiſco non præfertur in bonis pòſt quæſitis.

Secundò opponitur *l. ſi pignus 8. ff. Qui po. in pig.* vbi dicitur, ſi priuatus ante fiſcum contraxit, & hypothecam accepit, fiſcus tempore poſterior priuato creditori, priori in pignore non præfertur. Reſp. In bonis tempore prioris obligationis quæſitis, creditor priuatus tempore prior, præfertur in pignore, at in bonis poſt obligationem poſteriorem quæſitis, fiſcus tempore poſterior præfertur.

ASSERTIO LXXV.

Nec vrbanæ, nec ruſticæ ſeruitutes oppignorari poſſunt.

HANC ſententiam amplectuntur *Duare. lib. 2. diſp. c. 13. & Donel. in tract. de pigno. c. 10.* Et quidem de vrbanorum prædiorum ſeruitutibus, extra controuerſiam eſt, eas oppignorari non poſſe, *l. ſi is qui bona 1. §. vlt. ff. de pign.* Verùm in dubium vocatur, an ruſticæ ſeruitutes op-

pignorari possint. Idem tamen statuendum arbitror de rusticis, quod de vrbanis seruitutibus proditũ est, quòd in vtrisque seruitutibus eadẽ militet ratio. Ratio enim prohibitionis hæc est, quia vtiliter pignus constitui nequit, nisi aliquando vendi possit à creditore. *l. si fundus 16. §. creditor. 5. ff. de pign.* Atqui seruitutes tam vrbanis quàm rusticis prædijs cohærent, ab ijsque nullam recipiunt separationem, vnde separatim cedi vel vendi non possunt, sed tantùm cum ipsis prædijs. *l. via 23. §.* si fundus. *l. vnus ex sociis 34. ff. de ser. rust. præd. l. cùm fundus. ff. Com. præd.* Itaque nisi & ipsum prædium pignori detur seu vendatur, seruitutes prædiales oppignorari & vendi non posse, certa ratio suadet. Dissentiunt *Mudæ. in tract. de pigno. c. Quæ res pig. obl. Conna. lib. 4. com. c. 14. Cuiac. lib. Obs. 15. c. 6. Faber lib. 5. coniect. c. 11. & lib. 19. c. 6. &* 7. existimantes, rusticas seruitutes oppignorari posse, sed non vrbanas. Pro eorum sententia adfertur *l. sed an viæ 12. ff. de pigno.* Sed respondetur, eam loqui de domino, qui in prædio suo creditori vult seruitutem oppignorare, vt ea creditor vtatur, quamdiu pecunia non sit soluta, quòd hoc permittatur domino prædii seruientis, non vt valeat ipso iure seruitus, quæ ad tempus constitui non potest, sed propter vtilitatem contrahentium hæc conuentio sustinetur.

Contrà verò is qui seruitutem prædio suo iam acquisitam & impositam habet, non potest hanc seruitutem prædio suo quæsitam alij oppignorare. Ratio est, quia seruitus prædio alicuius semel acquisita, non potest ab eius prædii domino in alium transferri, nisi simul & ipsum prædium trãsferatur, & alienetur, cui seruitus quæsita est. *l. ex meo 24. ff. de seru. rust. præd.*

Obiicitur etiam *l. sed & quod 9. §. 1. ff. de pign.* vbi dicitur, quodcunque recipit emtionem, etiam pignorationem recipere potest. Ergo & seruitutes oppignorari possunt, quia emi possunt. Resp. Huic regulæ generali derogatur per aliam magis specialem, scilicet *l. si is qui x 1. §. vlt. ff. eod.* seu ab ea excipiuntur seruitutes prædiales, seu reales.

ASSERTIO LXXVI.

Qui ob refectionem nauis pecuniam credidit, non habet tacitam hypothecam.

QVI ad nauem reficiendum pecuniam credidit, non aliter hypothecam habet, quam si nominatim & expressè conuentum sit. Probatur hæc decisio *per l. qui in nauem 26. & l. quod quis 34. ff. de reb. auct. iud.* vbi dicitur, eos qui in nauem reficiendam pecuniam crediderunt, habere priui-

pri legium exigendi debitum post fiscum. Ex quo euidenter colligitur, n um ius tacitæ hypothecæ eos habere, alioqui fisco præferrentur, cui pr ferruntur omnes creditores hypothecarii, qui tempore sunt priores. *l.si gnus. 8.ff. Qui pot. in pign.* Præterea ille qui in rem emendam pecuniam cre idit, non habet tacitam hypothecam in re emta, *l.licet 7.C.Qui po.in pig.* Er o nec ille qui in reficiendam vel extruendam nauem credidit, quoni a illi duo inter se conferuntur & comparantur *in d.l.quod quis.*

ed obijcitur *l.interdum 5.ff.Qui po.in pig.* vbi is qui in reficiendam nauem pe uniam credidit, cæteris creditoribus potior est, quibus eadem nauis pr s erat obligata. Resp. Hoc sic accipiendum est, eum cæteris esse po ic em, si modò illi nauis etiam pignori obligata est. Non enim illic agitur, q omodo nauis obligetur pignori, sed ex illis, quibus obligata est nauis pi nori diuersis temporibus, quis sit potior quæritur. Ille igitur potior e, qui ad nauem reficiendam pecuniam credidit, quamuis posterius cred erit, dummodò huic quoque nauis pignori obligata sit, quod fit exp ssa conuentione.

Secundò opponitur hoc argumentum. Vbi eadem est ratio, idem quoq e ius statuendum est. *l.illud.32.ff.ad L.Aquil.* Verùm eadem ratio obtinet in creditore in refectionem nauis pecuniam credente, quæ in illo credit e valet, qui ad restitutionem domus ruinosæ nummos credidit, qui tam n habet tacitam hypothecam in domo restaurata *l.1.ff.In qu. ca. pig.ta. ce.* Nam ideò ille qui ad restitutionem ædium pecuniam credidit, hab t tacitam hypothecam, quia eius pecunia saluam fecit totam domum. Edem modo competit illi tacita hypocheca, qui ad reficiendam nauem p cuniam credidit, quia eius pecunia saluam fecit totam nauem. Resp. N n est eadem ratio reficiendi ædificii, & nauis, aut alterius rei conser u ndæ. Nam in reficiendis ædibus versatur publica vtilitas, ne scilicet r inis ædium deformetur aspectus vrbis. *l.2.C.de ædif.priua.* Quæ ratio cess t in refecta naui, vnde pignus in ea non contrahitur, nisi de eo generali t aut specialiter conuenit. Ita eleganter tradunt, *Donel. de pigno.c.5.& Con n lib.4.Com.c.17.* Dissentiunt *Minsing. SneideW. & alij ad §. Item Seruiana. Inst. d ction. Petrus Vanderanus in tracta. de priuil.credit.c.8. Andr.Gail, Germaniæ Papi nus lib.2.Obser.c.12.*

ASSERTIO LXXVII.

Vsuræ legitimæ diuino & humano iure non sunt prohibitæ.

NON solùm inter ICtos, verùm etiam inter Theologos illud prolixè controuertitur, an diuino & naturali jure liceat vsuras accipere. Et breuiter dicendum est, non repugnare legi naturæ, & verbo Dei, legitimas vsuras exigere : quia illius mandati de non fœnerando, hæc sententia & hic finis est, ne quid fiat contra charitatem, seu ne proximo noceatur. Cuius tantum abest, vt in hac causa deterior fiat conditio, vt magno beneficio afficiatur, quòd alterius opera consecutus est, vt vel lucrum faciat, vel damnum euitet, vel necessitatibus eius subueniatur. Ad hoc autem vt vsuræ licitè accipiantur, illud præcipuè requiritur, vt qui pecuniam dat, non pro officio mutuationis, sed pro suo interesse, hoc est, pro sua indemnitate aliquid præter sortem accipiat. Illa dicitur vsura compensatoria, & non est vera vsura, neque vllo iure prohibita, sed eius quod interest legitima & æquabilis compensatio. Alia dicitur vsura lucratoria, que est lucum ex mutuo tantùm propter officium mutuationis exactum, quæ nulla habita ratione damni creditoris, tantùm propter officium mutuationis exigitur: hæc iniusta & illicita est. Hanc distinctionem disertè comprobat *Paulus in l. cùm quidam* 17. *§. si pupillo. ff. de Vsur.* vbi respondet, vsuras non propter lucrum petentium, sed propter moram non soluentium irrogari : id est, vsuræ rectè promittuntur ob id, quod creditoris interest, quæ scilicet damnum compensant, quòd creditor vsu pecuniæ suæ caruit. *Hotom. in tractatu de Vsur. lib. 1. c. 1. & 8.* Latius & exactius de hac quæstione disserit *Molinæus in tract. de vsur. num. 9. & 48.* vbi Justinianum propter statutum vsurarum modum non solùm crimine hæresæos liberat, sed etiam pium & egregium nomothetam se præstitisse probat. Pulchrè & eruditè *Hotom. & Donel. in tract. de vsur. in princ.* Eleganter *I. Calui. epist. 383.* vbi certas aliquot & æquissimas leges & conditiones tradit, quæ interuenire debent, vt licitè vsuræ exigantur. Summa hæc est, quòd si quis ex pecunia mutuò data damnum incurrit, vel lucrum aliquod, quod ex pecunia credita certò facere potuit, propter mutuationem amittit, tunc licitè poterit pecuniæ mutuo datæ vsuras, vel potius interesse petere. *l. vnic. C. de sent. quæ pro eo quod inter. &c.* Nemo enim tenetur proximo ita benignè facere, vt sibi ipsi sit afflictio. *teste Paulo 2. ad Corint. c. 8. Wes. in parat. de vsur. num. 7. & 8.*

Non

Non obſtant prædictis loca ſcripturæ *Exodi 22. Leuit. 25. Ezech. 18. & 25. Deut. 23. Pſal. 15. Lucæ 5:* quibus vſuræ prohibentur: quia his locis eæ tantum vſuræ prohibentur, quæ NESECK, id eſt, morſus Hebræis appellantur, quæ proximum mordent, quæ charitati repugnant, quæ cum damno fratris exiguntur. Ita hæc loca *Molinæ. explicat dicto loco.*

Secundò obijcitur, quòd illi res quæſtui eſſe debet, cuius eſt periculo. *l. cui commodatum. §. 1. ff. Commo.* ſed pecunia credita eſt periculo debitoris non creditoris. *l. incendium. C. Si cer. pet.* Ergo quæſtus ex pecunia credita roueniens, pertinebit quoque ad debitorem, & proinde inique creditor accipit vſuras pecuniæ, quæ non eſt ipſius periculo. Reſp. Vera eſt maior propoſitio, niſi aliter inter contrahentes conuenit, quia pacta dant legem contractui. *l. contractus. de R. I. l. 1. §. ſi conuenit. ff. depoſ.* Ergo rectè ex pacto vel ſtipulatione debentur vſuræ à debitore, licet periculum ſortis ad eum pertineat.

Tertiò aduerſatur, quòd mutuum ſua natura eſt gratuitum. *l. rogaſti. §. 1. ff. de re. cred.* Igitur contra naturam mutui non poſſunt vſuræ accipi. Reſp. Vſuræ non debentur ex contractu mutui, ſed ex alia & noua obligatione, id eſt, ex nouo & ſeparato contractu ſtipulationis vſurarum, mutuo ſubiecto. *l. vſura 121. de V. S.*

Quartò obijcitur tale argumentum Res per ſe ſterilis nullum poteſt producere fructum. Atqui pecunia eſt res ſterilis & infructuoſa. Ergo non poteſt ex ea vſura percipi. Reſp. Vſura pecipitur ex induſtria hominum, qui negotiantur, & pecuniam fœnori collocant & exercent, non ex ipſis nummis, qui per ſe ſteriles ſunt, & fructum nullum, etiamſi per multos annos in arcam recondantur, adferunt.

Quintò opponitur *l. inter claras 7. §. ſuſcipimus. C. de ſum. trin. & fid. cath.* vbi Juſtinia. approbat quatuor concilia, Nicenum, Conſtantinopolitanum, Chalædonenſe, & Epheſinum: & vult canones ab ijs conciliis latos vicem legum obtinere. *No. 131.* Atqui in Concilio Nicæno vſurę ſunt improbatæ. Vnde iure quoque ciuili ſunt damnatæ. Reſp. Juſtinia. *poſt l. inter claras*, edidit alias leges & conſtitutiones, quibus vſuras legitimas conceſſit, ideoque per illas novas conſtitutiones, *puta per l. eos. C. de vſur. & No. 3 & 136. vſuras non improbauit.*

ASSERTIO LXXVIII.

Vnica interpellatio conſtituit debitorem in mora.

PROBATVR hæc ſententia *in l. Titia. §. vſuras. de leg.* 2. vbi habetur, quòd ſemel moram interueniſſe ſufficiat: quibus verbis innuit Paulus, quòd vnica interpellatio facta oportuno loco & tempore ſufficiat ad creandam moram. Idem probat *l. qui decem 72. in verb. ſi aliquando interpellatus non ſoluit. ff. de ſolut.* Quod autem dicitur de vnica interpellatione, id ita accipiendum eſt, quòd vnica interpellatio, id eſt, admonitio coram teſtibus nuncupata, debitorem in mora conſtituat: ita tamen vt non omittatur repetendi debiti inſtantia. *l. mora 32. in princ. ff. de vſur.* vbi dicitur, quòd mora committitur, ſi interpellatus non ſoluat. Vnica ergo interpellatio ad conſtituendum quem in mora ſufficit, modò tamen creditor poſt interpellationem vrgeat & inſtet pro ſolutione. Inſtantia poſt interpellationem perſeuerare debet, ſed non repetenda eſt interpellatio, nec iterum cogendi teſtes. Interpellatio nanque eſt admonitio, quæ fit teſtatò, ſoluendi vel accipiendi eius quod debetur. *l. qui Romæ. §. coheredes. de V.O. Cuiac. ad Africa. in l. cùm patriſam. 27. ff. de vſur.* Hanc ſententiam *Gl. Bart. & Iaſ. comprobant, in d. §. coheredes*, & alii quos recenſet & ſequitur *Menoc. de arbit. iud. lib. 2. cent. 3. caſu 220.* vbi notat hanc ſententiam communi DD. ſuffragio eſſe receptam. Ratio decidendi eſt, quòd legibus cautum eſt, interpellatione quem in mora conſtitui, *l. ſi ex legati. de V.O. l. denuntiaſſe. ff. ad l. Iul. de adul.* Diſpoſitio autem in primo actu verificatur. *arg. l. boues. §. hoc ſermone. ff. de V.S.*

Sunt tamen qui tenuerunt, vt in mora quis conſtituatur, duplicem interpellationem neceſſariam eſſe, vt Ferretus in libello de mora, quem ſecutus eſt *Coraſ. lib. 2. Miſc. c. 6. & Coſtal. in d. l. mora.* Quorum ſententia vt noua, ita à vero aliena eſt. Neque eam confirmat Martiani reſponſum *in d. l. mora. verſ. & non ſufficit*, quia licet vna interpellatio debitori facta in mora eum conſtituit, tamen ſi ea procuratori vel ſeruo, abſente debitore fiat, vna non ſufficit: *l. item veniunt. §. petitam. verſ. ponamus. ff. de pet. her.* fieri enim poteſt, vt ea interpellatio propter procuratoris aut ſerui negligentiam ad domini ſeu debitoris notitiam non perueniat. Nec verum eſt, *in d. l. mora.* dominum eſſe interpellatum, quod tamen Coraſ. ex iſtis verbis textus colligit, *cùm etiamſi ipſi domino denuntiatum eſt*, vbi verbum *ſufficiat*, affirmativè ſubaudiendum eſt, vt hic ſit ſenſus, etiamſi ſufficiat ſemel ipſi domino perſonaliter denuntiare; non tamen ſufficit, ſi ſemel mediante perſona

ſerui

ſerui vel procuratoris, domino denuntietur; vt rectiſſimè meo iudicio interpretatur *Meno. d. loco, num. 30. & ſeqq.*

Eodem modo etiam alijs I C^torum^ reſponſis Coraſius & Ferretus non adiuuantur: nam ex eo, quod *in l. AEmilius. ff. de minor.* dicitur, venditorem ſæpius tutoribus denuntiationes feciſſe, non infertur, plures denuntiationes vt in mora quis conſtituatur, eſſe neceſſarias, cùm venditor denuntiationibus tutores in mora non conſtituat, ſed à lege commiſſoria venditioni adiecta recedat. *d. l. AEmilius. verſ. dicebam.* diei enim lapſu tutores in mora conſtituti erant (cùm dies contractibus adiecta interpellet pro homine) *l. magnam. C. de contr. ſtip.* non verò interpellationibus à debitore factis.

Nec etiam eorum ſententia non corroboratur ex eo, quòd *in l. ſi mandatoris §. ille illi. ff. Manda.* ſæpè conuentum mandatorem, *in d. l. qui Romæ §. coheredes,* ſæpius teſtatò conuentos tutores dicatur, quia ex facto ita caſus ibi euenerat. Neque enim omnia quæ ex facto contingunt, de iure neceſſaria ſunt. Neque verum eſt, quòd in præiudicialibus, qualis eſt mora, inſtanter & ſæpius conteſtatio facienda ſit, quod pro ratione ſuæ opinionis adfert *Coraſ. d. c. 6. arg. l. 1. §. de inſpiciendo. ff. de vent. inſpic. l. 1. ff. de libel. dimiſſ. c. 1. de ſuppl. neglig. prælat.* quia cùm debitor prima denuntiatione ſciat, quid ſibi ſit faciendum, facilè ne in damna ex mora prouenientia incidat, præcauere poteſt. *fac. l. 1. §. 1. in fi. ff. de act. emp.* vbi dicitur, quod qui certus eſt, amplius certiorari non debet.

ASSERTIO LXXIX.

Sola oblatio ſufficit ad euitandum pœnam, & purgandam moram: ſed pleniſſimam liberationem parit oblatio, conſignatio, & depoſitio.

HANC theſin probat *l. qui Romanæ. §. Seia. de V. O. l. obſignatione. C. de ſolut. l. ſi per te. & l. acceptam. C. de vſur. l. tutor 28. §. 1. ff. de adm. tuto.* Quòd ſola oblatio moram impediat, probat *d. §. Seia.* vbi qui pecuniam reliquum obtulerat, non tenetur ad vſuras pecuniæ reſiduæ ex adminiſtratione tutelæ debitæ. Oblatio enim ſola facit, ne quis ex eis cauſis obligetur, quæ ex mora originem ducunt, quoniam qui offert, non eſt in mora. Ergo vſuras quoque non debet, quæ ex mora profluxerunt. Sola oblatio inſti vſuras ex mora debitas.

Conſtat *l. ſi creditrici & l. acceptam. C. de vſur.* vbi debentur vſuræ, niſi fiat

 obſignatio

obſignatio & depoſitio. Reſpondendum, quòd iſtæ leges accipiendæ ſunt de vſuris debitis ex ſtipulatione, quæ non deſinunt deberi, niſi accedat conſignatio & depoſitio. Et hæc fuit ſententia Joannis, in *d.l.* acceptam, quæ confirmatur à *Cuiac.in d.§.Seia.*

Secundò obijcitur *l. tutor.* 28.*§.1.ff.de adm.tut.* vbi tutor tum demum liberatur ab vſuris ex adminiſtratione tutelę debitis, ſi finita tutela reliqua obtulit, & obſignata depoſuit. Ergo ſola oblatione vſuræ ex mora debitę non ſiſtuntur. Reſp. Ideò in eo caſu non ſufficit ſola oblatio, quia non rectè poteſt tutor finita tutela reliqua puberi ſoluere, niſi & petierit curatorem ei dari. *l.5.§.ſi tutor.ff.de admitut.* & deinde rationes curatori reddidedit, quia ſolus pubes non eſt idoneus & capax, vt coram eo reddantur rationes adminiſtratæ tutelæ, & reliqua ſoluantur. Ideoque per ſolam oblationem reliquorum quæ ex tutela debentur, non poteſt pubes in mora conſtitui, ſed requiritur præter oblationem conſignatio & depoſitio. *l.ſi reus 73.ff.de procu.l.ait Prætor.§.1.ff.de mino.l.5.C.de adm.tut.* Vnde etiam ſtatuitur *in l. vlt. C.de vſur.pup.* quòd ſi tutor offerat ſe paratum eſſe rationes reddere, & reliqua ſoluere, & ſæpius denunciationibus interpoſitis puberem ad judicium prouocet, & pubere hoc contemnente, ad extremum apud acta ius dicentis proteſtetur, ſe paratum eſſe parem rationem facere cum pupillo, tunc liberatur ab uſuris pupillaribus, ſine vlla conſignatione & depoſitione.

Nec obſtat *d.l.ait Prætor.§.1.ff.de mino.* quia ibi non dicitur, tutorem vel alium debitorem præciſè teneri pecuniam conſignare & deponere ad inhibendas vſuras, ſed tantùm conditionaliter, videlicet eo caſu, quo debitor non vult ſoluere curatori parato recipere, metu reſtitutionis in integrum: itaque tunc deponet pecuniam, quo facto ab omni periculo reſtitutionis ſecurus erit, & à tempore depoſitionis pleniſſimè liberatur. Ita etiam intelligenda eſt *d.l.tutor.in fin.* quòd per ſolam oblationem pupillaris pecuniæ, tutor non erit plenè liberatus à reſtitutione in integrum, vnde nihilominus vſuræ current, niſi legitimè deponat reliqua ex tutela debita. Pulchrè *Molin.in tract.de vſur.quæſt.39.Hotom.de vſur.c.4.* Requiritur autem obſignatio & depoſitio, ad hoc, vt omnis tollatur obligatio, & pleniſſima ſequatur liberatio. *d.l.acceptam. & d.l.obſignatione.* Hæc liberat ab omnibus vſuris tam ex mora iudicis officio, quàm ex ſtipulatione debitis, ſiue præteritę ſint, & currere cœperunt, ſiue futuræ ſint, & nondum currere cœperunt. *d.l.ſi creditrici, & d.l.acceptam.vbi Bart.l.vlt.C.de pig.act.*

Illud præterea ſola oblatio facit, vt pœna non committatur. *l. Celſus §. vlt.ff.de arbit.* Verùm ſpeciale eſt in emphyteuſi, vt ad euitandam pœnam expulſionis, deponatur & obſignetur annuus canon. Ratio eſt, quia lex ſatis

[...]i prolixum ſpatium indulget emphyteutæ ad offerendam penſionem, [...]nium ſcilicet: qui ergo in vno releuatur, in altero debet grauari. *l. 2. & [...] raſ. C. de iu. emph.*

[...]ertiò ſola oblatio liberat debitorem, ſi res oblata ſine culpa eius in[...]rit, & periculum transfert in creditorem. *l. qui decem. ff. de ſolu. l. huiuſ[...] §. ſi cui homo. de leg. 1.* Et hoc locum habet, ſi creditor omninò recuſa[...] [...]ecuniam accipere: nam ſi procraſtinauerit, quaſi alia die accepturus, [...]ſtatim periculum poſt oblationem ad creditorem pertinet. *l. creditor [...] de ſolu.* Ibi creditor oblatam pecuniam non reiecit, ſed in alium diem [...]lit, poſtea ea pecunia à magiſtratu prohibita vel diminuta eſt quaſi [...], id eſt, æris nimium admixta habens: lex ait ob id creditorem non [...]re à ſua actione, quòd interim pecunia oblata fuerit. Nam aliud eſt [...]niam reiicere, aliud differre: non omnis qui differt, moram facit. So[...] [...]tur oblatio debitorem non liberat ab interitu, ſed ita demum, ſi cre[...] recuſet accipere, non ſi ex iuſta cauſa differat.

[...]uartò ſola oblatio ſoluit ἀντίχρησιν. *l. ex prædiis* XI. *C. de vſur.* Antichreſis [...]ultò grauior quàm vſura, & ideò facilius finitur, quàm vſura.

[...]enique ſola oblatio liberat debitores fiſci à publicis debitis, & tribu[...] [...] in commiſſum cadant prædia propter non ſolutum tributum. *l. 1. [...] ſuſcep. & arca.* Hi ſunt quinque effectus ſolius & nudæ oblationis. [...]rè *Cuiac. ad Africa. in l. ſi ſoluturus 39. ff. de ſolu.* Oblationis & depoſitio[...] [...]nt vberiores effectus, quia facta oblatione & depoſitione liberatur [...]s. *l. vlt. C. de pig. act.* inhibetur actio perſonalis, hypothecaria, vendi[...] [...]gnoris, ſiſtuntur vſuræ quomodocunque debitæ ſive propter mo[...] [...]n contractibus bonæ fidei, ſiue ex ſtipulatione in omnibus tam bo[...] [...]dei, quam ſtricti iuris contractibus, pecuniȩ oblatȩ & depoſitȩ peri[...] [...]n integrè pertinet ad creditorem. *d. l. 2. l. ſi creditrici. & d. l. acceptam.*

ASSERTIO LXXX.

Cùm dies & pœna eſt in obligatione, moræ purgatio non admittitur.

HÆc deciſio vera eſt, ſiue dies à contrahentibus expreſſè ſit addita ſolutioni, ſiue dies tacitè inſit ſolutioni ex lege. *l. magnam. C. de con. ſtip. l. 2. C. de Iu. emp. l. traiectitiæ. ff. de obl. & act. l. vlt. ff. de nau. fœn.* Debitor qui [...]b pœna debebat ad certum diem quid dare vel facere, ſi poſt diem [...]t, ſerò offert, non euitat pœnam ſemel commiſſam, moram non

potest emendare. *d.l.* traiectitię. Idem seruatur in specie *l.Celsus.ff.de recep. arb.* vbi arbiter iussit dari certa die, ea die non est datum, commissa est pœna compromissi: verùm si post diem offeratur, an euanescit pœna compromissi? minimè *d.l.Celsus.* Idem est in lege commissoria, quæ ita fit, si ad diem pretium non solueris, res inemta esto: pretium ad diem solutum non est, lex vel conditio emtionis cummissa est, & res censetur inemta, & si post diem pretium offeratur, frustra offertur. *l.si fundus.§.vlt.ff.de l.commiss.* Ratio huius decisionis est, quia inter contrahentes id agi intelligitur, vt qui pecunia non soluta, semel in pœnam incidit, se ab ea liberare non possit: ne alioqui dies & pœna frustra obligationi adijciantur: seueriores enim & acerbæ sunt huiusmodi præscriptiones, & rem summo jure agi volunt.

Opponitur huic sententiæ *l. sancimus. C. de fideiuss. & l.etsi post tres.ff. Si quis caut.* Species facti est. Quidam promisit se iudicio sisti certa die, item adiecit pœnam, ni ea die judicio stetisset. Quæritur si post diem se sistat, an euaserit pœnam? lex ait euasisse, idque assequi eum exceptione.

Dicendum, in hac re differentiam constituendam esse inter stipulationes conuentionales, & prætorias. Stipulatio iudicio sisti est prætoria, nec contrahitur arbitrio contrahentium, sed prætoris arbitratu. Conuentionales stipulationes strictiores sunt. *l. in conventionalibus. de V.O.* Quæ à prætore concipiuntur, laxiores sunt, in his sibi contrahentes non prospexerunt, & ideo lex benignius interpretatur. Ideoqne in ijs intra modicum tempus emendatur mora, si quis post moram se sistat, dummodò nihil intersit actoris, nec ex mora jus ejus factum sit deterius. *Baro ad §. vlt.Inst. de societ. Cuiac. ad l.si insulam 84.ff.de verb.obl.* respondet, quod *in d.l.* & si post tres, non fuerit subiecta pœna. A præstatione ejus quod interest liberatur is, qui se sistit post diem, ante litem contestatam tamen, id est, antequam petitum sit id quod interest. At verò à pœna semel commissa non liberatur, qui se sistit post diem.

Opponitur etiam *l.si insulam.de V.O.* & similes. Species facti. Quidam promisit se facturum insulam, tempus transijt, quo potuit ædificare. Ergo moram fecit, poterit igitur statim conueniri æstimationis nomine, sed ante litem contestatam ædificando liberatur, ergo post moram purgat se. Hoc facilè expediri potest, quia nulla dies fuit adscripta promissioni, nulla pœna, nullaque conditio. Nos loquimur de debitore ad diem & sub pœna obligato. Dissentit *Iohan.Robertus lib.2.senten.c.18.* vbi tradit etiam die & pœna adiecta moram purgari posse.

ASSERTIO LXXXI.

In obligationibus quæ diem habent, lapſus diei conſtituit debitorem in mora, nec interpellatio requiritur.

DEBITOR ſolo diei lapſu incidit in moram, puta ſi debitor ad diem pecuniam vel aliam rem promiſit ſub pœna, vel vſuræ promiſſæ ſunt ſtipulatione, vel ſolo pacto, aut ſi poſt moram debentur in bonæ dei iudiciis: tunc enim ex ſolo die mora contrahitur, quia debitor intelligere debet ſe dare oportere. Itaque ſolo diei lapſu incidit in pœnam, vel vſuras. *l.magnam. C.de con. ſtip.l.2. C. de iu.emp.l.ſi fundus. §.vlt.ff.de l. commiſ. l.pecuniæ 9. §.1. ff.de vſur.* vbi dicitur, vſurarum ſtipulationem, quamuis debitor non conueniatur, committi, hoc eſt, ſtatim committuntur vſuræ ante interpellationem. Dies enim interpellat pro homine. *l. eos ctis 18. in prin.ff. de vſur. l.ſi fundum 114. ff. de V. O. l. hominem. ff. Manda.* Ratio eſt, quia id actum videtur, vt qui falleret ad diem, ſtatim incideret in pœnam & vſuras. *l.traiectitiæ.ff.de obl. & act.* Quoſcunque ergo effectus mora interpellatione contracta in iure producit, eoſdem & hæc ſoluendi ceſſatio operatur, vbi certa dies præſtituta eſt, etiamſi nulla præceſſit admonitio. *l.etſi poſt tres.ff.Si qu.caut.l.*ſtipulationes non diuiduntur.*§.vlt.l.ſi ita quis 135.§.Seia.de V.O.* Itaque ſicut periculum interitus poſt moram interpellatione commiſſam, pertinet ad debitorem, ita & præſtituta die ſine vlla admonitione elapſa, periculum interitus vel deteriorationis debitori incumbit. *l.ſi Stichus 33. de V. O.* Sic fructus & vſuræ ſimiliter à tempore lapſus diei debentur, quemadmodum & cuiuſcunque alterius interpellationis *l.cùm quidam.§.vlt.ff.de vſur.l.Lucius 47.ff.de act.emp.*

Obiicitur regula iuris, quia dicitur, diem videri adiectum gratia debitoris, *l.cùm tempus.de R.I.* ideoque nec per euentum diei debitor conſtitui-tur in mora. Reſp. Quod dicitur, diem exiſtimari adiectum fauore debitoris, hoc ita accipiendum eſt, quòd interuallum ſiue ſpacium intermedium cenſeatur fauore debitoris adiectum *l.ſi ita relictum. 43.§. Pegaſus.de leg.* Verùm negare, momentum diei aduenientis magis proficere creditori, quàm debitori, planè abſurdum eſt. Unde triſtes & miſeræ dicuntur calendæ, quòd aduentus illarum debitoribus ſit infelix, quamuis medium interuallum ſit illis fauorabile. Pulchrè *Rober.lib. 2. ſent. iu.c.17.* vbi hanc communem DD. ſententiam eruditè defendit.

Secundò, obijcitur, quòd generalirer & indistinctè traditur, nullam esse moram, vbi nulla petitio, id est nulla interpellatio est. *l. nulla. de R. I. si pupillus 27. ff. de V. O.* Item vnumquemque moram ita facere, si interpellatus non soluit. *l. mora. ff. de vsur. l. si ex legati.* de V. O. Resp. Hæc accipienda sunt ijs casibus, quibus interpellatio ideò necessaria est, vt debitor scire possit, quando creditor sibi velit solui. Verùm eum qui ad diem obligatus est, superuacuum est interpellari, cùm sciat ex natura obligationis, quòd certo tempore id facere debeat. *Donel. in tracta. de mora. c. 2.* Alij *d. l.* Nulla mora ibi fieri intelligitur, vbi nulla petitio est, ita accipiunt, ac si dicatur, vbi petendi ius non fuit, sive quia nulla competebat actio, sive quia actor exceptione repelli poterat. ibi nulla committitur mora. Vnde *Paulus in l. lecta. 40. ff. de reb. cred.* scribit, in mora non esse eum, à quo propter exceptionem pecunia peti non potest.

ASSERTIO LXXXII.

Vsuræ in stricti iuris iudiciis, non nisi per stipulationem debentur.

HÆc inter bonæ fidei actiones, & stricti iuris est differentia prodita, quòd in illis ex mora vsuræ debentur, *l. mora. §. in bonæ fidei. de vsur.* In stricti verò juris iudiciis non nisi ex stipulatione debentur: & ne quidem à tempore litis contestatæ. *l. 3. C. de vsur. l. Titius. ff. de præs. ver. l. 1. C. de cond. indeb.* Falsa igitur est Corasii *lib. 2. Misc. c. 7. & Costalij ad l. videamus. 2. de vsur.* sententia, qui volunt, vsuras post litem contestatam semper deberi in stricti juris iudiciis, etiamsi per stipulationem non sint promissæ.

Nihil facit pro eorum sententiæ confirmatione *l. lite. ff. de vsur.* vbi dicitur, quòd lite contestata vsuræ currunt. Nam ea est istorum verborum sententia, quòd lite contestata vsuræ non desinant deberi, & quòd cursus earum per litem contestatam non interrumpatur, si scilicet ante per stipulationem sunt promissæ. *l. 1. C. de iudic.* Nam quo modo vsuras tandem petet, cui non sunt promissæ? *d. l. Titius.* Non dicet lex, à lite contestata incipere vsuras deberi, quæ ante litis contestationem non debebantur, sed dicit, non desinere vsuras deberi propter litem contestatam; hoc est, vt vno verbo dicam, vsuræ quæ ante litis contestationem debebantur, non cessant currere, sed perseverant post litem contestatam currere. Ideò autem *Paulus id in d. l. lite*, respondit, quia iusta ratione dubitari poterat, an

per

pe litis contestationem desinerent vsuræ deberi. Cùm enim per litis con-
testationem novatio quædam contrahatur, *l. aliam. ff. de nova.* videbatur
dicendum, vt sicut principalis obligatio novatione extinguitur, ita & vsu-
rarum: sed hoc nihil obstat, quia hæc est nouatio necessaria: quæ fit per li-
tis contestationem, quæ meliorem solet facere conditionem creditoris,
non deteriorem. *l. non solet 86. de R.I.*

Secundò obiicitur *l. vsuræ. ff. de vsur.* vbi dicitur, vsuras fructuum vicem
obtinere: atqui fructus post litem contestatam debentur, ergo & vsuræ.
l. ...amus. §. si actionem. ff. de vsur. Resp. Vsuræ fructuum quidem vicem
obtinent, sed hoc in legatis, fideicommissis, & bonæ fidei iudiciis obser-
uatur, vt allegata lex seipsam declarat. *Molin. in tract. de vsur. quæst. 73. num.
55. hanc l. ita accipit*, quòd vsuræ succedunt in locum fructuum, nec de-
bent à fructibus separari; id est, non debent seorsim vtraque exigi, nisi
quatenus vnum ex iis alterum excedit, quia ratione vnius rei non debet
du lex accessio exigi: Itaque fructus si qui sunt percepri, debent cum vsu-
ris compensari: & si amplius vsuræ pecuniæ, quàm fructus prædij efficiant,
tunc superfluum vsurarum licebit exigere. *l. emtor. 65. ff. de rei vend.* vbi emtor
fundum à non domino emtum, domino restituere condemnatus, cùm
eundem fundum à non domino oppignoratum redemisset, vsuras pretii
soluti cum fructibus ex prædio perceptis compensat, nec separatim
fructus percipere, & vsuras exigere potest, nisi quatenus vsuræ fructuum
pretium excedunt.

Tertiò obiicitur *l. cum fundus. 31. ff. de reb. cred.* vbi dicitur, quod post litem
contestatam omnis causa præstanda est actori, id est, omne id quod habi-
turus esset actor, si litis contestatæ tempore res debita soluta esset. Ergo
& lite contestata vsuræ præstabuntur: quia causa significat omne com-
modum, quod ex re percipi potest. *l. præterea 20. ff. de rei vend. l. Iulianus 9. §. pen.
et. ff. ad exhib. l. 1. §. hanc actionem. ff. depos.* Resp. Causa ibi non significat
vsuras, quæ non debentur in stricti iuris iudiciis à lite contestata. *l. 1. C. de
con. indeb. l. 4. C. de cond. ob turp. cau.* sed fructus aliasue accessiones naturales
& intrinsecas, quibus magis fauetur, quam vsuris, cum ex re ipsa præ-
stentur.

Quartò obijcitur *l. 1. & 2. C. de vsur. lega.* vbi dicitur, heredem teneri
ad vsuras legatorum à tempore litis contestatæ: atqui legata bonæ fidei
iudiciis adæquata sunt. *l. in minorum. C. In qu. cau. int. rest.* in quibus post mo-
ram debentur vsuræ. Resp. Quod dicitur, vsuras legatorum deberi post
litem contestatam, intelligendum est, si mora non præcesserit litis conte-
stationem, puta si heres iudicium suscipere paratus erat. Aliàs si per extra-
iudicialem interpellationem heres sit in mora constitutus, tunc etiam ante
litem

litem contestatam debentur vsuræ ex legatis. *l. 3.§. cæterum. ff. de vsur. Gouea. ad l. Diui 83. ff. ad l. Falcid. Hotom. lib. 1. de vsur. cap. 4.* vbi notat, interprete fere omnes vno consensu hunc locum ita explicare.

ASSERTIO LXXXIII.

Sola præstitio vsurarum longo tempore facta, non inducit obligationem vsurarum in futurum.

DIVTVRNA præstatio vsurarum non constituit obligationem vel actionem, quæ non fuit ab initio. tex. sunt *in l. creditor 7. C. de vsur. l. certis 28. C. de pact. l. operis 31. ff. de op. liber. l. vlt. C. Ne vx. pro mar.* Ratio est, quia tempus non est modus inducendæ vel tollendæ obligationis l. obligationum 44. *§. placet. ff. de obl. & act.*

Obstat huic sententiæ *l. cùm de in rem verso. 6. ff. de vsur.* vbi vsuræ præstitæ longo tempore, in posterum præstari debent ob id, quòd longo tempore præstitæ sunt. Resp. quòd non ex sola præstatione longo tempore facta, tenetur ibi vsuras debitor in posterum soluere, sed quia ex iusta & legitima obligationis causa seu iusto titulo usuras præstitit. Itaque præter longi temporis præstationem accessit habilis & legitimus titulus, ex quo tamdiu debentur vsuræ, quoad contrarium probetur. Longi ergo temporis vsurarum præstatio ex iusta causa obligationis facta, non constituit obligationem vel actionem, quæ non fuit ab initio, sed obligationis & tituli præsumtionem inducit, donec probetur contrarium. *d. l.* cum de in rem verso. & ibi plenè *Bart. l. litibus. & ibi Cuiac. C. de agric. & cens. lib. XI. Molin. in tract. de vsur. quæst. 20. num. 209. & seqq. Specu. in tit. de locato. §. nunc aliqua. qu. 63.* vbi decidit, quòd si emphyteuta decem annis soluit de fundo suo domino directo annuum canonem, & recuset vlterius soluere, quòd dominus interim in possessione sua tuendus est, donac ab emphyteuta contrarium probetur. Pulchrè *Costal. ad d. l. cum de in rem verso. Nicolaus Genoa in conciliatione legum contrariarum in dissolutione antinomiæ, inter l. creditor. C. de vsur. & l. cum de in rem verso. C. eod.* vbi notat hanc meam solutionem esse elegantem, eamque sequitur & approbat.

Secundò obiicitur *l. 1. C. de fideico.* vbi dicitur, si legatum annuum alimentorum præstitum sit continuo triennio, in futurum etiam perpetuò præstari debet. Ergo præstatio certi temporis annorum obligationem constituit. Resp. Diuturna præstatio annua perpetuat obligationem in futurum, singulari fauore alimentorum. Nam si quis alimenta, quæ con-

stat

stat esse legata, sed dubitatur, perpetuóne an ad tempus sint relicta, per triennium præstiterit, hoc satis est, vt perpetuo debeantur. *Castren. ad d.l. si certi* vbi tradit communiter D D. hanc opinionem tenere.

Tertiò obstat *l.5. C. de vsur. & l. qui semisses 13. ff. eo.* vbi debitor qui per stipulationem promiserat vsuras maiores, & per aliquot annos solvit minores, liberatus sit in posterum à solvendis vsuris maioribus. Resp. Diuturna præstatio minorum vsurarum prodest reo ad exceptionem seu liberationem sed non prodest actori ad agendum. Ideoque non potest is qui minores vsuras promisit, ex eo quod longo tempore præstitit maiores, conveniri ad maiores vsuras, quia diuturna præstatio vsurarum non inducit obligationem seu actionem vsurarum in futurum. *l. creditor 102. §. vlt. ff. de* solut. *cum quidam 17. §. 1. ff. de vsur.* Vide aliter totum hunc locum explicatum apud *Anto. Fabrum lib. 7. coniect. cap. 8. & 9. Corras. lib. 3. Miscel. c. 15. nu. 9. 10.* & seq. *Menoch. lib. 3. præsump. cap. 131. Anto. del. Rio in miscellan. ad d.l. cum de in rem* verso. *Ferdinand. Vasquium lib. 2. illust. contro. cap. 83.*

ASSERTIO LXXXIV.

Pœna conuentionalis duplum excedere non potest.

QVIS sit modus pœnæ conuentionalis, quæ adijcitur stipulationibus, & alijs contractibus, variant interpretes. Quidam enim hunc modum duplum excedere non posse tradunt, *iuxta l. vnic. C. de sent.* quæ pro eo quod inter, &c. Alij vsque ad legitimum vsurarum modum extendunt, *iuxta l. Iulianus. §. ibidem Papinianus. ff. de act. emp. & l. cùm allegas. C. de vsur.* Alij quadruplum eum non excedere tradunt. *iuxta l. mulier. in fi. C. de sponsal.* & l. *dictum. in prin. ff. de evict. Azo verò in d.l. vnica*, in ea sententia est, quòd pœna conventionalis, quantacunque ea sit, exigi possit: *idq; per l. stipulatio* §. *alteri. ff. dè V.O.* Quibus omnibus doctè & copiosè refutatis, modum pœnæ conventionalis in casibus certis duplum, in casibus verò incertis, quod verisimiliter stipulantis interest, excedere non debere, *iuxta d.l. vnic.* docet *Molinæ. in explica. labyrinthi de eo quod interest, in 9. quæst. princ. num. 195. cum seqq.* Quæ sententia iuri & æquitati consentanea est.

Sed obijcitur *d. §. alteri.* vbi Vlpian. respondit, pœnam cùm stipulamur, non illud inspicitur, quid intersit, sed quæ sit quantitas, conditióve stipulationis. Resp. Hoc non eò pertinet, ut quoad executionem inspiciamus, quantum ex ea stipulatione debeatur, quod Azo putavit, sed quoad validitatem & efficaciam stipulationis inspiciatur, quæ sit quantitas, quemadmodum & quæ sit conditio pœnalis stipulationis, vt si impossibilis vel

turpis sit conditio, non valeat stipulatio; vt pariter si immoderata si quantitas, non valeat stipulatio. Dissentit *Fachin.lib.1.contro.c.50.* qui tradi pœnam conventionalem duplum excedere posse, nisi sit in fraudem vsurarum promissa. *iuxta l.Iulianus.§.ibidem Papinianus.ff.de act. emp.* *Cui suffragatu Donel. in tracta. De eo quod interest.cap.vlt.*

ASSERTIO LXXXV.

Improbus fœnerator extra ordinem criminaliter puniri potest.

QVOD criminaliter extra ordinem iudicis arbitrio puniri possint improbi fœneratores, notant *DD.ad l.improbum.C.Ex qu.cau.irr insa.Clar. lib.5.sent.§. vsura. vers. & si ex hoc.num.5. Meno. de arb.iud. lib.2. cent.4. casu 398. Molin. in tract. de vsur. num.156.* vbi testatur, hanc sententiam in Parisiensi parlamento seruari. Idem *refert Papon.2. Arrest.7. nu.24.*

Probatur hæc decisio duabus firmissimis rationibus: Prima est, quia improbi fœneratores dolosè agunt, cùm vltra præscriptum à Legibus modum scienter vsuras exigunt, atque ideò in stellionatus crimen incidunt. *l.3. ff. Stellio.* vbi I C. docet, stellionatus crimen obijci illis qui dolo quid faciunt, si in nullum certum crimen incidat deceptio: est autem crimen stellionatus arbitrarium. *l.2.3. ff. Stellio.* Quare & iudex pro arbitrio de pœna huius delicti statuere potest. Altera ratio est, quòd pro quolibet delicto priuato, ratione interesse publici proceditur ad pœnam extraordinariam. *l.vlt.ff. de extraor. crim. l. locatio 9. §. quod illicitè.ff. de publica. & vect.* ne delicta maneant impunita. *d.§. quod illicitè.* vbi dicitur quod qui exigunt aliquid illicitum, extra ordinem puniuntur.

Obijcitur, quòd nusquam iure reperitur expressum, arbitrio iudicis criminaliter puniri debere improbos fœneratores. Resp. Licet pœna ordinaria non sit statuenda in aliquem, nisi id iure sit expressum, *l. etsi quis 14. §.Diuus. ff. de relig. §. cùm igitur. No. de non elig sec. nub. Meno.de arb. iud. lib.2. cent.3. casu 226.* non tamen iudex prohibetur ideò ob causas prædictas extra ordinem criminaliter improbum fœneratorem punire.

Secundò in contrarium disputatur, quòd debitor sciens & volens maiores vsuras præstat: atqui scienti & volenti nulla fit iniuria & dolus. *l.cùm donationis. C. de transf. l. nemo videtur 145. de R.I.* ideoque de iniuria conqueri non potest, & proinde fœnerator non est extra ordinem puniendus, cùm absit dolus aut delictum. Resp. Præterquam quod debitor non volens,

sed potius

sed potius necessitate coactus, vt scilicet consequatur pecuniam, qua necessariò indiget, maiores vsuras promittit ac præstat: facit hoc etiam ad pœnam hanc irrogandam, quòd dolus inest huic facto, quòd creditor contra præscriptum legum, maiores atque illicitas vsuras exigit, vnde & crimé stellionatus committit, & consequenter ratione publici præiudicij pœna extraordinaria vsurarius punire potest. Huc accedit, quòd fœnerator contemnit leges latas pro vtilitate publica, qui contemtus legum & principium mandatorum, extra ordinem iudicis arbitrio puniri potest. *Meno. de arb. lib. 2. cent. 4. casu 365.*

Denique aduersatur, quod dolus criminaliter puniri non potest, quando purgari potest actione ex contractu, in quo dolus interuenit. *l. & eleganter. in princ. ff. de dolo.* Atqui vsuræ supra licitum modum datæ conditione indebiti repeti possunt. *l. si non sortem 26. in princ. ff. de cond. inde. l. indebitas 18. C. de vsur.* Resp. Hoc non impedit pœnam extraordinariam, cùm quod *d. l.* & eleganter, nihil caueat de pœna extraordinaria, quæ ratione publici interesse infligitur, tum etiam quod regula illa tantùm obtineat, quando dolus consistit in finibus contractus, nec materia apta sit ad crimen producendum. At fœnus improbum non exercetur tantùm in fraudem eius qui soluit vsuras, sed etiam in fraudem legis prohibentis illicitas vsuras exerceri. Ergo cùm materia idonea sit ad producendum crimen, consequens etiam est, pœna extraordinaria crimen improbi fœnoris vendicandum. *Meno. de arb. ind. lib. 2. cent. 4. casu 398. Borcholt. in tracta. de Vsur. c. 5. num. 10. 11. & 12.* vsque ad finem.

ASSERTIO LXXXVI.

In stricti iuris actionibus fructus non veniunt nisi à tempore litis contestatæ.

PROBATVR hæc decisio *in l. videamus 39. §. si actionem. ff. de vsur. l. si filiusfam. 78. §. vlt. de V. O.* vbi traditur, quod fructus in stipulatione, alijsque stricti iuris contractibus actori non debentur, nisi post litem contestatam.

Opponitur *l. in conuentionalibus 52. §. vlt. de V. O.* vbi dicitur, quod quando quis fundi vacuam possessionem tradi stipulatus est, quod ista stipulatio contineat causam bonorum, ergo & fructus veniunt. Si enim hoc efficitur ista stipulatione, vt res tradita sit in bonis stipulatoris, hoc est, vt sit in eius dominio, vel bona fide ab eo possideatur, *l. bonorum 49. de V. S.* sequitur vt etiam fructus eius efficiantur. Nam cuius in dominio

res eſt, ſiue à quo bona fide poſſidetur, fructus eius fiunt. *l. qui ſcit 25. in princ. & §. 1. ff. de Vſur.* Reſp. Fructus non veniunt niſi à tempore litis conteſtatæ in ſtricti iuris actionibus. Quod verò dicitur, quòd iſta ſtipulatione efficiatur, vt res perueniat in bona ſtipulatoris, hoc ita intelligendum eſt, vt promiſſor ad tradendum obligatus, teneatur efficere, vt res perueniat in bona ſtipulatoris, ſtatim à tempore traditionis; vtque non aliter ſatisfaciat promiſſioni, quàm ſi efficiat, vt vacuam liberamque poſſeſſionem rei traditæ in ſtipulatorem transferat: qua traditione facta conſequitur & fructus tanquam commoda poſſeſſionis, à tempore traditionis ſcilicet.

Secundò obijcitur *l. ſi ſtipulatus 4. ff. de vſur.* vbi dicitur, ſi quis ſtipulatus ſit rem dari, vacuamque poſſeſſionem tradi, quòd fructus poſtea capti petuntur actione ex ſtipulatu. Cùm qua lege è diametro pugnat *l. 3. §. 1. ff. de act. emp.* in qua fructus in actione ex ſtipulatu, cùm quis vacuam poſſeſſionem tradi ſtipulatus eſt, Pomponius venire negat. *Acc. Bart. & communiter DD.* hanc antinomiam ita conciliant, quòd in ſtipulatione rem dari, vel vacuam poſſeſſionem tradi, ſeparatim facta non veniunt fructus, ſed in duabus his ſtipulationibus ſimul iunctis, rem dari, vacuamque poſſeſſionem tradi, fructuum ratio habetur. Adiectio enim hanc vim habet, vt coniuncta faciant, quorum neutrum per ſe faceret, cùm adiectio aliquid debeat operari. *Acc. & Bart. in d. l. 4.* Verbo enim dari, ſatis apertè ſignificatur rem ipſam eiuſque dominium transferri. Ergo ne hæc verba, vacuamque poſſeſſionem tradi, otioſè videantur adiecta, coniunctio iſta operatur, vt hoc actum videatur inter ſtipulantes, vt non ſolùm res ipſa detur, ſed etiam fructus præſtentur, ſeu vt præſens rei traditio fiat, quæ ſecum adfert fructuum perceptionem. *Donel. ad d. l. in conuentionalibus. §. vlt. num. pen. & vlt. ff. de V. O.*

Tertiò opponitur, quòd *in l. fructus. ff. de rei vend.* dicitur, quòd fructus pendentes ſint pars fundi. Ergo ij ſaltem fructus debentur ex ſtipulatione, qui tempore ſtipulationis fundo cohærent, cùm qui totum ſtipulatur, etiam partes eius cenſetur ſtipulari, quia in toto & pars continetur. Reſp. Quòd fructus dicuntur pars fundi, hóc verum eſt in realibus actionibus, non in perſonalibus, quia in realibus omne id peti poteſt, quod ex re propria actoris prouenit & ſupereſt, ideoque & fructus peti poſſunt ex fundo actoris percepti. *Bart. ad d. l. ſi filiusfam. §. vlt.*

ASSER-

ASSERTIO LXXXVII.

Malæ fidei possessores non tantùm de fructibus perceptis, sed etiam percipiendis tenentur.

GENERALITER malæ fidei possessor tenetur de omnibus fructibus, non solùm quos percepit, sed etiam quos percipere potuit. *l. si navis 62. §. vlt. ff. de R. V.* Sic is qui metum intulit, tenetur actione quod metus causa, non solum perceptorum, sed etiam fructuum percipiendorum nomine, *l. sed & partus 12. ff. Quod met. caus.*

Obijcitur *l. si fundum. C. de rei vend.* vbi dicitur, malæ fidei possessorem de fructibus perceptis teneri. Resp. Quod ibi dicit Imp. malæ fidei emtorem præstare fructus perceptos, hoc ex alijs legibus supplendum est, vt etiam de fructibus quos percipere potuisset, & debuisset, teneatur, *vt in d. §. vlt. & l. ait Prætor 10. §. per hanc. ff. Quæ in frau. cred.* & alijs, etiamsi malæ fidei possessor fructum habeat. *l. domum. C. de rei vend.* Non affirmat d. l. si fundum, eum teneri tantùm de fructibus perceptis. Malæ ergo fidei possessor de omnibus fructibus restituendis tenetur. *Ita rectè contra Accurs. defendit Cuiac. in d. l.* quem sequitur *Donel. lib. 20. Comment. c. 5.*

ASSERTIO LXXXVIII.

Bonæ fidei possessor, qui postea cognouit rem esse alienam, cum effectu fructus suos non facit.

MAGNA & vehemens est antinomia inter *l. qui scit 25. §. vlt. ff. de vsur.* vbi Julianus ait, possessorem qui ab initio fuit bonæ fidei, & postea cognouit fundum esse alienum, fructus suos facere, *& l. bonæ fid. §. in contrarium. ff. de acq. re. do.* vbi Paulus ait, possessorem qui ab initio fuit in bona fide, & postea cognovit rem esse alienam, fructus suos non facere. Hæc iuris loca adeò inter se pugnare notat *Baro ad §. si quis à non domino, Inst. de rer. diu.* vt sine manifesta calumnia conciliari non possint. Accursius tres solutiones adfert pro conciliatione harum pugnantium legum. Primò respondet, *quòd §. vlt. in d. l. qui scit*, procedat de æquitate, sed contrarium responsum de rigore iuris. Quæ solutio non probanda, quia nulla æquitas militat pro eo, qui ex alieno cupit fructus acquirere: imò contra naturalem æquitatem pugnat, vt quis locupleretur cum alterius iactura.

l.nam hoc natura 14.ff.de cond.inde. Secunda ſolutio Accur. eſt, quòd quæſt quæ in contrario reſponſo *ſcilicet in d.l. bonæ fidei.* §. *in contrarium* mouetu deciditur *in d.l. qui ſcit.* §. *vlt.* Quæ etiam conciliatio nullius momenti e quia in §. *in contrarium*, non tantùm hæc quæſtio proponitur, ſed etiam de nitur & deciditur. Diſertis enim verbis in eo IC. diſtinguit vſucapione à fructuum perceptione & acquiſitione, quòd vſucapionem non imp diat mala fides ſuperueniens, fructuum verò acquiſitionem impedia Tertia eſt ſolutio *Gl. quòd* §. *vlt. d. l. qui ſcit*, ita accipiendus ſit, quòd po ſeſſor qui ab initio habuit bonam fidem, & poſtea cognouit rem eſſe ali nam, maneat quidem in poſſeſſione percipiendi fructus, donec res legit mo iudicio fuerit euicta & ablata. Verùm contrarium reſponſum *in d. bonæ fidei*, referendum ſit, ad reſtitutionem ſeu effectum acquiſitionis fru ctuum, vt ſcilicet non ita fiant fructus poſſeſſoris, ex quo cognouit fun dum eſſe alienum, vt reſtituere non teneatur, ſi poſtea euincatur res ipſ Quæ ſolutio tanquam veriſſima amplectenda eſt, & iuſta ratione conſta Nam ad plenam & ſolidam acquiſitionem fructuum requiritur, vt poſſe ſor ſit in bona fide, toto eo tempore, quo fructus acquirere contendi Cùm enim ex facto, id eſt, poſſeſſione bonæ fidei, fructuum perceptio de pendeat. §. *ſi quis à non domino. Inſt. de rer. diui.* certè ſi ea bona fides non per ſeueret, non etiam fructuum acquiſitio durare debet. Summa ergo hæ eſt, quòd bonæ fidei poſſeſſor, quamdiu eſt in bona fide, pleno iure fru ctus ſibi acquirit, poſtquam verò cognovit fundum eſſe alienum, interin quidem eos acquirit, id eſt, tantiſper donec res euincatur. Ita accipiend eſt. *d.l. qui ſcit.* §. *vlt. ff. de vſur.* Verùm ſi exitum euentumque iudicij reſpicias cum effectu ei non acquiruntur. Nam re euicta, fructus ab eo tempore quo cognouit rem eſſe alienam, & fuit in mala fide, reſtituere tenetur. It tradit *Cuiac. ad d.* §. *ſi quis à non domino. & ad l. quæſitum 40. ff. de adq. rer. do. in tract ad Afric. Fachin. lib. 1. contro. c. 59.* Aliter decidit *Donel. lib. 4. com. iur. c. 24. & Iul Pacius aliter cent. 5. εναντιοφανῶν. quæſt. 44.* quem ſequitur & approba *Nicolaus Genoa in conciliationibus Legum pugnantium in conciliat. inter l. bonæ fidei.* §. *in contrarium. ff. de acqu. rer. dom. & l. qui ſcit.* §. *vlt. ff. de vſur.* Vide etiam pro con ciliatione huius antinomiæ *Duare. lib. 2. diſput. anniverſ. cap. xi.*

ASSER-

ASSERTIO LXXXIX.

Bonæ fidei poſſeſſor, etiam extantes fructus induſtriales reſtituere tenetur, contra DONELLVM.

BONÆ fidei poſſeſſor fructus ex aliena re perceptos, tam induſtriales quàm naturales lucratur, ſi modò conſumti ſint. *l. bonæ fidei 48. de acq. rer. do. §. ſi quis à non domino. Inſt. de rer. diu.* Conſumtio confirmat ..inium fructuum, ita vt iam eorum nomine conueniri non poſſit. Ex..n..es tamen fructus etiam induſtriales officio iudicis reſtituere tenetur. *..e..um. C. de rei vend.* Hæc eſt vera & certa ſententia communiter à DD. ..cepta: à qua tamen nouè diſceſſit *Donel. lib. 4. com. iur. c. 26.* vbi tradidit ..o..æ fidei poſſeſſorem fructus induſtriales extantes pleno iure ſuos fa..er.., neque eum ad reſtitutionem eorum teneri. Sed communis opinio ..D.. tanquam iuri conſentanea, retinenda eſt, reiecta ſententia Donelli, ..u..s argumentis & rationibus ordine reſpondebo.

..rimò obijcitur hoc argumentum. Bonæ fidei poſſeſſor idem ius ha..be..in percipiendis fructibus, quod dominus. *l. qui ſcit 25. §. porrò. ff. de vſur.* ..t ..ii prædiorum dominus fructus ſtatim ſuos facit abſque conſumtio..e.. Ergo & bonæ fidei poſſeſſor. Reſp. In eo comparatur bonæ fidei ..o..eſſor domino, quòd exemplo domini acquirat fructus iure ſoli, etiam ..b..lio ſatos. Ita demum tamen eos pleno iure lucratur, ſi conſumſerit. *..4..post litem. ff. Fin. reg.*

..I. Obiectio. Maritus ex re donata ab vxore fructus induſtriales ſta..n.. ſuos facit, vt reſtituere eos non cogatur. *l. fructus 45. ff. de vſur.* Item plus ..ur.. datum eſt bonæ fidei poſſeſſori quàm vſufructuario in percipiendis ..ru..tibus *d. l. qui ſcit.* Sed fructuarius perceptione ſuos fructus pleno iure ..uc.. Ergo, &c. Reſp. In percipiendis fructibus bonæ fidei poſſeſſor & ..u..tuarius eatenus comparantur, quòd vterque iure ſoli fructus ſuos fa..it.. quocunque ſati ſint, ſed bonæ fidei poſſeſſor conſumtione demum ..o..perfectè lucratur. *d. l. 4. §. poſt litem.*

..ertiò obijcitur *l. in pecudum 28. ff. de vſur.* vbi dicitur, agnos hœdos & ..t..los ſtatim pleno iure fieri bone fidei poſſeſſoris. Reſp. Fructus ſtatim ..u..t bonæ fidei poſſeſſoris, vt ſcilicet vſucapione non indigeant. *l. 4. §. ..an.. ff. de vſuca.* ſed tamen extantes tenetur reſtituere. Nam vt ait *d. l. bonæ ..fide.. de acq. rer. do.* poſſeſſor bonæ fidei fructus percipiendo ſuos interim ..fac.., id eſt, quamdiu adhuc extant, non plenè eos lucratur, ſed accedente ..de..um conſumtione, perfectè eos lucratur.

Quartum

Quartum argumentum Donel. Nullo iure, nullaque actione fructu extantes industriales à bonæ fidei possessore peti possunt. Ergo eos lu cratur. Primò non rei vendicatione, quia sunt bonæ fidei possessoris, no condictione sine causa, quia eos suos facit pro cultura & cura, deniqu nec officio iudicis, quo ea præstantur, quæ post litem contestatam circ rem petitam eueniunt. *l. ædiles 25. §. item sciendum. ff. de æd. edi.* Resp. Et con dictione sine causa, & officio iudicis fit restitutio fructuum extantium Nam incidente mala fide, & re euicta, causa adquirendorum fructuum a non causam redit. Atqui id quod alterius apud alterum sine causa est, con dici potest. *l. 1. in fi. ff. de cond. sine cau.* Deinde etiam officio iudicis hi fructu restituuntur. Nam & officium iudicis ad fructus perceptos ante litem con testatam pertinet, si modò extent. *l. si fundus 16. §. in vendicatione, in fin. ff. d pigno.*

ASSERTIO XC.

Fructus & vsuræ legatorum à tempore moræ debentur.

QVOD heres non à litis contestatione tantùm, sed à tempore mora debeat legatorum & fideicommissorum vsuras & fructus, apertè tra ditur *in l. 3. in princ. ff. de vsur.*

Verùm repugnat *l. 1. & 2. C. de vsur. & fruc. lega.* vbi dicitur fructus & vsu ras legatorum ex eo die deberi, quo lis contestata est. Idem traditur *in l quæsitum 91. §. vlt. de leg. 1.* Resp. ex sententia *Accur. & Bart.* hæc ita accipien da esse, si ante litis contestationem mora nulla præcesserit. Nam si mor commissa sit in legato & fideicommisso præstando ante litem contesta tam, tunc heres etiam ad fructus & vsuras legatorum tenetur à tempor moræ. *l. equis 8. & l. equis 39. ff. de vsur. l. si quis bonorum 23. de leg. 1. l. si quis seru 84. de leg. 2. tex. ad literam in l. is qui fideicommissum 26. de leg. 3.*

Secundò adfertur in contrarium hoc argumentum. Fructus speciei le gatæ ad eum pertinent, qui ipsius rei dominus est. *l. si tibi homo 86. §. cùm seruus. de leg. 1. l. Herennius 42. ff. de vsur.* Sed legatarius à die aditæ hæreditati consequitur rei legatæ dominium. *l. à Titio 64. ff. de furt. d. l. si tibi 86. §. cùm ser uus.* Ergo & fructus legati ad eum pertinent à die aditæ hæreditatis, etiam ante moram hæredis. In hoc salebroso articulo ita dicendum videtur quòd omnes fructus ante aditam hæreditatem lucro heredis cedant. *l. quo seruus 38. de leg. 2. l. nihil 120. §. vlt. de leg. 1.* Adita hereditate heres fructus le gatorum non facit suos, qui scit rem legatam esse, quia est in mala fide, & in mora restituendi legatum. *l. quæsitum 40. ff. de acq. rer. do. d. l. Herennius.* Quod si ignoret,

...igoret, debebuntur fructus à die moræ, si morâ contracta sit. *d.l.si quis servi de leg.2.d.l.equis.de vsur.* Sin minus, à tempore litis contestatæ. *l.1.& vlt. C.de vsur. & fruct.leg.* Ita decidit *Costal. ad l.3.ff.de vsur.* & eum ferè secutus *Cui..lib.3.sent.Pauli.c.6.* Vide aliter de hac quæstione subtiliter disserentem *Anto. Fabrum.lib.7.coniect.c.3.& 4.& in error. pragmat. decade x1. errore 2.&3.*

ASSERTIO XCI.

Fratris testimonium iure civili non est admittendum.

AN frater in causa fratris testis esse possit, quæritur? Et vulgò traditur à DD. quòd frater pro fratre in testem admitti possit, idque ex hac ratione, quòd nulla lege prohibitus videatur. Quibus autem lege non interdicitur testimonium, ij omnes sunt idonei testes. *l.1.ff.de testib.* Sed hæc sententia communis meritò reprobatur, ex hoc fundamento, quòd domesticum testimonium in iure nullam meretur fidem. *l.pen.ff.de test...C.eo.* Domesticus autem testis dicitur, non solùm qui habitat cum producente, & cui ipse imperare potest, sed & qui de ejus familia est, quique propinqua agnatione & consanguinitate iunctus est. *§.in testibus, & ...op. Inst.de test.ord.l.item 6.ff. Quod cui. vni.no.l.vnic.C. de emend.propin.l.respi...m x1.§.furta.ff.de pœn.Duar.lib.1.disp.c.28.* Quibus legibus fratres disseruntur inter domesticas personas, vnde & eorum testimonium meritò eiicitur. Altera prohibitionis ratio est, nimia affectio propensio & benevolentia, quia donestici suos agnatos & propinquos prosequuntur. Cùm enim iudex iis testibus fidem adhibere debeat, quia tam sanctè & incorrupte testantur, vt gratiæ vel favori non cedant: sequitur, quòd propter nimiam benevolentiam & necessitudinem, qua facilè à vero abduci possunt fratres sibi invicem non sint legitimi testes. *l.eos 4.C.de testib.* Hæc etiam sententia euidenter iure Canonico comprobatur. *in c.accusatores 12. 3. q.5.* vbi rescribitur, ne consanguinei accusatoris adversus extraneos testimonium dicant, addita hac ratione, quia propinquitatis affectio veritatem impedire solet.

Huiusmodi ergo in hoc casu tenenda est distinctio, quòd aut fratres sunt in patris potestate, & tunc nec pro se, nec contra se possunt testificari, potestas enim facit, vt sit domesticum testimonium. *d.§.in testibus.* Aut sunt emancipati, & tunc in testamento alter alteri testis esse potest, in iudiciaribus vero testimoniis, alter pro altero, vel contra alterum non admittitur.

 l.4.&

l.4. & ibi Acc. ff. de testib. l. qui testamento.§. per contrarium.ff.de testam.Ita Vigl. & VVesem. contra communem DD. sententiam in d. §. in testibus , rectè decidunt. *Adstipulatur Petrus Grangianus in paradoxis iuris civilis.cap.45.* Ratio diversitatis est, quia in testamentariis causis non militat ea affectio, quæ in aliis negotiis. In testimoniis enim, quæ in testamentis adhibentur nihil acquiritur defuncto,nec de testatoris commodo agitur, sed hoc præcipuè spectatur, vt vltima voluntas defuncti exitum sortiatur. Aliàs certè si de eius commodo ageretur, pro quo testes producuntur , fratres sibi inuicem testimonium præbere non possent. *l.2.& 5.C. de testib.* Illud benè notandum quod vno singulari casu , admittantur fratres sicut & aliæ domesticæ personæ puta servi & ancillæ in testes , scilicet in probando crimine adulterii vel maiestatis , quando alii testes non possunt haberi. *tex.est in l.consensu.§.super plagis. C.de repud.* vbi additur elegans ratio , quoniam quæ domi geruntur, non facilè per alios sciri & cognosci possunt,

Obijcitur *l. 4.ff. de testib.* vbi frater prohibetur, ne invitus dicat testimonium contra fratrem. Ergo à contrario sensu , pro fratre admittendus videtur,si velit. Resp. Neque contra fratrem,neque pro fratre testis esse potest. Ratio est,quia testis pro vtraque parte veritatem dicere debet. Ergo neque pro fratre dicere poterit testimonium , quia præsumitur plus affectioni & amicitiæ fraternæ,quàm veritati tributurus. *Dissentiunt Io. Robertus lib.4.senten.c.2. Menoch.de præsump. lib.2.præsump. 53.* vbi tradit fratris testimonium repellendum esse , in causa criminali : ex quo iniuria vni fratrum illata, censetur & alteri esse illata *l.lex Cornelia.5.ff de iniur.* In causa verò civili , maximè levi testimonium fratris recipiendum adstruit. Item statuit *Menoch.in arbitr.Iud.quæst.centur.2.casu* 204.

ASSERTIO XCII.

Per rerum naturam factum negantis nulla est probatio.

REGVLA hæc confirmatur multis legibus: primò *per l.2.ff. de proba.l. actor.23.C.eo.l. asseueratio. C.de non num.pec.* vbi dicitur, quod per rerum naturam factum negantis nulla est probatio. Rationes huius regulæ duæ potissimum adferuntur. Prima est,quod non entis nulla sunt genera & propria , nulla accidentia , nullæ differentiæ aut qualitates , nullaque principia & causæ existunt: à quibus sicuti definitiones, ita etiam probationes sumendæ sunt : quia probatio nihil aliud est , quàm vera facti alicuius

cuius

cuius definitio atque demonstratio. Secunda ratio est, quòd ea quæ non sunt in rerum natura, non possunt sciri, nec cadunt in sensum corporeum sensus, atque ita probari non possunt per testes: cùm testes non debeant deponere nisi de his, quæ percipiuntur sensu corporis. *l.testium.C.de testib.l. l.qui testamento §.vlt.ff.de test.*

Porrò quia hic tractatus de probatione negativæ est diffusus & controversus, ideò vt facilior eius sit cognitio, adhibenda est distinctio negativarum. Negativa positio est triplicis generis, facti, iuris, & qualitatis, vt tradit *Accur.in l.2.ff.de proba.* Negativa meri & simplicis facti non est probabilis, puta si quis dicat. Titium non soluisse, non contraxisse, non numerasse. Negatiua verò facti determinati, loco, tempore, vel simili circumstantia, probari potest & debet: vt si dicam pecuniam certo die & loco numeratam esse, probabitur huius negatiua, si doceam me eo die in eo loco non fuisse, quo pecunia numerata dicitur. *l. optimam. C. de con.stip. Lanfran. in c. quoniam.num.3.de proba.* Negatiua qualitatis est, si negetur in re vel persona aliqua qualitas requisita, puta si negetur aliquis soluendo esse, vel conueniendo. Negatiua autem hæc probari debet ab eo, qui intentionem suam in ea fundat, aliàs succumbit. *l. in illa. 8.l.hoc iure 10. l.ita stipulatus in vers. quòd si ab initio.ff.de V.O.* Sic *in l.cum de lege 17.ff.de proba.* heres qui allegat hereditatem non satis esse locupletem ad integra legata soluenda, & propterea vult de legatis detrahere Falcidiam, probare tenetur non tantum esse in bonis defuncti; quod facilè probari potest, si doceat ex libris rationum, defunctum non amplius habuisse in bonis. Sic qui negat defunctum fuisse sanæ mentis, & ita testamentum facere non potuisse, id probare cogitur. *l.nec codicillos. C. de codic.* quod facile euincet, si demonstret eum ridicula, & indigna sanæ mentis hominibus locutum, vestes conscidisse, lapides proiecisse, & cæt. Denique est negatiua iuris, quæ etiam probanda est, ab eo qui se in ea fundat, ut si quis neget legitimè & secundum formam iuris aliquid esse factum. Exemplum est *in l. 5.ff. de proba.* vbi qui negat emancipationem esse ritè factam, id probare cogitur. Ideò autem negatiua iuris probari debet, quia omnia præsumuntur legitimè & secundum iuris dispositionem esse acta, nisi contrarium probetur. Sic stipulatio præsumitur rectè & sollenniter contracta, si in epistola vel instrumento scriptum sit aliquem promisisse. *§. si scriptum. Inst. de inut.stip.l. 1.C. de con.stip.* Sic si scripserit quis se fideiussisse, præsumitur efficaciter per stipulationem concepta fideiussio. *§. vlt. Inst. de fideiuss.* Ideoque ei qui negat solennitatem iuris in aliquo actu fuisse adhibitam, ei incumbit probatio.

Obstat huic assertioni. *l. generaliter. C. de non num.pec.* vbi dicitur, si agatur ex chirographo debitoris, qui scripsit se debere ex causa emtionis, vel mu-

tui, & reus neget se emisse, vel mutuum accepisse, nisi hoc probauer reus, rem scilicet ita peractam non fuisse, quòd condemnari debea Resp. Quando nullum emissum est chirographum, & petitur pecuni credita, reus verò negat numeratam esse, nisi actor probet numerationem probatio à Reo non exigitur. At in casu *d.l.generaliter*, Scriptura seu chirographum debitoris interuenit, quo debitor promisit se ex certa & legiti ma causa pecunias vel alias res debere, ideoque exigitur probatio à Rec quia indignum est quem suam confessionem velle retractare, & à propri testimonio recedere.

Sic etiam cùm in instrumento publico descriptum esset Titium fundur suum alteri donasse, & Titius hoc negaret, tenetur negatiuam hanc pro bare, quia præsumtio est pro instrumento, donec probetur contrarium. *cum precibus 18.C.de proba.* Quoties enim lex quid præsumit, tunc negan id quod præsumitur, incumbit probatio, quia præsumtio juris transfer onus probandi in aduersarium. *l.siue possidetis. C.de proba.*

Secundò videtur obstare *l.non epistolis & l. non nudis. C. de proba.* vbi qu negat aliquem esse filium, tenetur id probare. Resp. Tunc probatio al eo requiritur, qui negat aliquem esse filium, si is filius antea communi o pinione habitus & reputatus fuit pro filio, puta si in epistoils vel scriptu ris alijs priuatis nominatus est filius à patre, vel si fuit in quasi possessionc filiationis. Aliàs ipsi filio affirmanti se filium esse, incumbit probatio. *l.qui dam 15. ff.de probo.*

Tertiò opponitur *l.nec codicillos. C. de codicil.* vbi qui negat aliquem fuisse sanæ mentis, & ideò non potuisse testamentum facere, cogitur id probare Resp. Quando præsumtio iuris stat pro eo qui quid asserit, tunc reo ne ganti incumbit onus probandi contrarium. Præsumitur autem secundum naturam, quòd quilibet homo sit sanæ mentis, ergo neganti incumbit probatio, quia præsumtio juris transfert onus probandi in aduersarium. *l.siue possidetis. C.de proba. l.cùm de indebito.ff.eo.* Vel dic, omnes negationes, quæ effectum affirmationis habent, probari debent. Sic si nege testatorem sanæ mentis fuisse, dico furiosum fuisse, ideoque id probare debeo. Verum meræ negationes probari non possunt, ut si accusatus cædis, dicat se non fecisse.

Quartò negatiuam probari posse, conuincitur *ex l. vlt. C. de re. cred.* vb cùm legatarius iurasset sibi legatum deberi, postea ex superueniente testamento probatur contrarium, legatum scilicet non fuisse relictum. Similiter adfertur. *l. 2. C. de erro. aduo.* vbi probatur, sententiam condemnatoriam non fuisse contra aliquem latam. Resp. Ibi non fuit negatiua simplex proposita, sed coarctata loco & tempore, quæ probanda est, ut-

pot

po quòd dicat reus, iudicem à quo ista sententia prolata dicitur, tunc temporis cùm sententia pronuntiata esse dicitur, fuisse mortuum vel absentem, secundum *l. optimam. C. de con. stip.* Sic etiam ex testamento prolato probatur in tali testamento, eo anno & die à tali testatore condito, nihil esse legatario relictum: quæ non est negatiua simplex, sed coarctata loco, tempore, & persona.

Quintò & vltimò obstat *l. si duo 13. §. vlt. ff. de iureiur.* Ubi præstito iuramento probat quis se dare non oportere, vel non debere. Resp. Iusiurandum non est legitima probatiouis species, nam magis releuat iurantem ab onere probandi, quàm verè probat. *l. eum qui 38. in princ. ff. de iureiur.*

ASSERTIO XCIII.

Ob semiplenam probationem, puta vnum testem, deferri non potest à iudice iusiurandum, contra communem DD. sententiam.

PRobatvr hæc sententia hoc modo. Paria sunt non probare, seu nihil probare, & imperfectè seu viciosè probare, *arg. l. quoties, ff. Qui satis. cog.* Quia cùm lex exigit probationem, hoc de iusta & legitima probatione accipitur, quę fit per duos testes, & instrumenta indubitata. *l. 3 prin. l. vbi numerus. ff. de testib. l. vlt. C. de proba.* Sicut ergo actore nihil omninò probante reus absolui debet. *l. qui accusare. C. de eden.* sic etiam semiplenè & imperfectè probante, absoluendus est Reus, & iuramenti delationi non est locus. Præterea imperfectum & inutile in iure pro eodem accipiuntur. Sic imperfectum testamentum dicitur, quod iure non valet. *l. hac consultissima. §. ex imperfecto. C. de testa. l. si is qui 25. ff. eo.* Hinc sequitur propter vnum testem iusiurandum actori deferre non debere, quia vnius testimonium pro nulla & inani probatione habetur, & vnius testis responsum lex audiri omninò vetat, cùm vox vnius, sit vox nullius. *l. iurisiurandi. C. de test.* Similiter non haberi quęstionem ob vnum testem, ne de seruis quidem alienis, probationis habendæ gratia, probat. *l. maritus 20. ff. de quæst.* Confirmatur & hæc decisio hac æquissima ratione, quia iniquium est, quenquam in re sua testem aut iudicem fieri, inuitis aduersarijs, de quorum præiudicio agitur. *l. 3. ff. de iureiur. l. nullus. ff. de testib. l. Iulianus. ff. de iudic.* Quod fieret hoc casu, si actor qui leuissimum pro intentione suæ assertio-

nis momentum attulisset, statim posset iureiurando causam suam probare & victoriam obtinere.

Vulgò interpretes pro communi opinione confirmanda adferunt *l.Theopompus.ff. de dot.præleg.* ex qua colligunt, vnius testis testimonio fidem adhiberi, sed malè à DD. hanc legem acceptam eruditè docuit *Alcia. lib. Parer.c.19.* Ibi enim testator commiserat amico cuidam, vt filiæ suæ, cùm in matrimonium collocaretur, dotem ex arbitrio suo constitueret, quod fecit. Ibi eius opinioni & decisioni statur, quia non tanquam testis, sed potius velut arbiter fuit electus à testatore, & ideò creditur huic soli, quò testator voluit, vt eius arbitrio & censurę staretur.

Secundò obijcitur, quod dicitur *in l.3.C.de reb.cred.& l.admonendi ff. de iureiur.* vbi traditur deferri posse à iudice iusiurandum propter inopiam probationum. Resp. Hoc de tali inopia est accipiendum, quando actor suam intentionem probauit, deinde reus suam quoque intentionem è contra sufficienter probat: & ita propter vtriusque concurrentem probationem causa iudici dubia redditur. Ita *Donel.tradit ad tit. de iureiur.c.xi.& Duare.lib. disp.c.33.* qui eius doctrinæ primus fuit author & assertor. Quos sequitur & approbat *Antonius Faber in error.pragmat.decade 19.erro.2.* Idque probant hoc potissimum argumento. Quando actor probat suam intentionem, & Reus è diuerso suam negationem, iudex sine iuramenti delatione non potest litem decidere. Cùm enim ab vtraque parte probata est cuiusque assertio, iudex non habet, quòd in definienda lite sequatur, & dubius est, in quam partem magis propendeat. Neque enim poterit reum condemnare, qui ipse probationem actoris contraria probatione infregit & destruxit: neque reum absoluere poterit, quando actor suam intentionem plene probauit. Restat igitur vt iureiurando, quod litium omnium finis est & securis, dubium negotium decidat.

Tertiò aduersatur huic conclusioni. *l.vlt.C.de fideico.* vbi cùm legatarius peteret legatum, quod sine Scriptura & absque præsentia testium ad hoc specialiter rogatorum erat relictum, & heres illud soluere recusaret, quia legatarius non poterat docere de legato, defertur à iudice iusiurandum heredi, quo delato ipse vel iurare cogitur nihil omninò legatario fuisse relictum, vel si iurare recuset, soluere legatum cogitur. Resp. Gl. communiter approbata *in d.l.vlt.eam l.* ita intelligit, vt procedat, quando heres conuentus à legatario ex minus solenni testamento, negat ab initio vllum legatum fuisse relictum, & demum delato sibi iuramento, opposuit legatum quidem fuisse relictum, sed in voluntate minus sollenni: hoc enim casu soluere cogitur heres legatum verè relictum, quantumuis in testamento minus solenni. Idque in pœnam & odium mendacij est statutum, quia heres

r ab initio fraudulenter negauit legatum vllo modo relictum: vnde non li:t illi tunc recurrere ad illam subtilitatem, quòd ex minus solenni te-st nento legata non debeantur: *arg. Auth. contra qui propriam. C. de non num. pec.* Q òd si ab initio heres confiteatur legatum quidem fuisse relictum, sed in m ius solenni testamento, tunc heres non cogetur soluere legatum aut iu re. *l. si veritas. 23. & l. ex testamento. 29. C. de fideico.* Postremò notandum, q d contraria sententia, quæ communiter à DD. est recepta, puta quod p pter semiplenam probationem, à Iudice deferatur ei qui semiplenè p bavit, iusiurandum, *per l. 3. C. de reb. cred. & c. vlt. ex. de iuream.* iudicando c firmata est *in curia provinciali Hollandiæ. 8. Iulij. Anno 1583. Ita decisum extat in de ion. curiæ Holland. & VVestfris. decis. 57.* Eandem quoque sententiam iudi-ca do comprobarunt *Domini Assessores in camera imperij Spirensi notat Andr. G l. lib. 2. Observ. c. 20.*

ASSERTIO XCIV.

Reus non tenetur actori edere instrumenta vel rationes ad intentationem suam fundandam, sed actor reo ad probandam exceptionem, instrumenta edere tenetur.

ACTOR Reo tenetur edere instrumenta, non è contra reus actori *l. vlt. C. de eden.* Ratio decidendi est, quia actor instructus & paratus ad judicem venire debet, & durum esset Reum cogi adversario arma su peditare, quibus se ipsum oppugnet. Actor itaque instructus probatio-ni us ad intentionem suam fundandam in judicium veniet, non verò ex d no rei probationes petet *l. qui accusare. C. de eden. l. nimis grave C. de test.* Il-lu autem singulariter notandum, quod *tex. in d. l. vlt. ait,* non oporrēt ori-gi em petitionis ex instrumentis eius qui conuenitur, fundare. Unde se-q ur, quod Reus non tenetur actori edere instrumenta pro petitione sua fu danda: attamen pro fundata petitione adjuuando, rectè petitur editio in rumentorum à Reo. *Alcia. in d. l. vlt.* difficilius enim aliquid in esse pro-d itur, quàm quod jam productum est, conseruatur, vel adiuuatur. *l. 1. §. si is ædificium. ff. de no. nun.* Exempli gratia, Sempronius vendicauit fun-d à Titio, probauitque se esse dominum: fundata est petitio, excipit re Titius fundum non esse tot jugerum: rectè petet actor instrumenta à T o edi, quibus probet fines agri, & numerum jugerum. *Bald. in l. 1. §. edi-tio . ff. de eden. per elegantem tex. in l. Titius 48. ff. de act. emp. l. prædijs 91. §. Titio. de lega. 1.*

leg.a.1. Aliud exemplum. Si petam à te decem aureos, tenere chirograhi ſigillo tuo confirmati, tu negas te ſcripſiſſe, vel inficiaris ſigillum, rectè petam, vt edas ſigillum tuum, vel aliquid manu tua ſcribas, quod cum chirographo conferatur. Ita notat *Oldendorp. in claſsibus. claſ.1. act.8. de actione ex edicto, de edendo.*

Non eſt locus huic regulæ, ſi fiſcus ſit actor, ei enim reus tenetur edere inſtrumenta pro fundanda ſuo intentione, *l. 2.§. item Diui fratres. ff. de iu. fiſ.* Ex quo tamen §. *iuncta l. quod placuit ff. eo.* talis diſtinctio colligitur: quod aut fiſcus agit ad pœnam ſeu lucrum captandum ex delicto, & tunc reus ei non tenetur edere inſtrumenra ſua. Nemo enim cogendus eſt propriam turpitudinem detegere. Aut ex cauſa ciuili, de damno vitando, puta ex proprio contractu vel de jure dominii, agit, & tunc Reus ad editionem ei tenetur, exerceatque fiſcus ſuum priuilegium.

Verùm obſtat huic diſtinctioni *l. 3. ff. de eden.* ex qua probari videtur, quòd etiam fiſcus, quando agit ad pœnam, vtatur ſuo priuilegio, adeò vt Reus videatur teneri fiſco ad editionem. Reſp. Lex iſta hoc tantùm dicit, quòd reus fiſco teneatur edere inſtrumenta, quæ ad cauſam, ex qua acturus eſt fiſcus, faciunt: non autem exprimit, quando ad iſtam editionem teneatur. Vnde accipiendus eſt ita textus, quòd cùm fiſcus ibi agat ad pœnam, non aliter facienda ſibi ſit editio inſtrumentorum, quàm ſi reus ad hoc iure communi teneatur; puta ſi ipſe inſtrumentis in iudicio vtatur: acta enim iudiciaria ſine diſtinctione litigantibus ſunt edenda. *l. 1. §. edenda. ff. de eden. l. 2. C. eo.* vel fiſcus iis vti velit pro intentione ſua iam fundata adiuuanda, & aliis caſibus iure communi conceſſis; vtque ſic declaretur textus per alias leges magis in ſpecie loquentes, puta *per d. l. quod placuit. & d. §. item Diui fratres.* Ratio diuerſitatis eſt, quòd nimis graue eſt in cauſa ſanguinis ex aduerſarij domo probationes petere, ſeque propriis armis conficere, & propriam turpitudinem detegere, *l. aliis autem. ff. de iureiur.* Porrò actor tenetur reo edere inſtrumenta pro exceptione eius fundanda. *l. non eſt nouum. & l. vlt. C. de eden.* Ratio diuerſitatis inter actorem & Reum eſt, quòd cùm rei inuiti ad iudicium trahantur, & ſe velint nolint defendere cogantur *l. purè. 5. §. vlt. ff. de except. doli*, præparare ſe, ignari quando conuenirentur, non potuerunt: æquitas igitur ſuadet, vt actor reo ſuas rationes, ſuaque inſtrumenta edat, ex quibus ſe ad iudicium inſtruat & præparet.

Secundò aduerſatur huic concluſioni *l. 1. C. de eden.* vbi ſancitur, iudicem diſpicere debere, quando reus rationes ſuas actori exhibere cogatur. Reſp. Regulariter reus non tenetur actori pro intentione ſua probanda rationes, & inſtrumenta ſua exhibere, ſed certis tantùm ſpecialibus caſi-

bus ad

ous ad hoc cogitur, vnde additur *in d.l.1.* ex causa ad officium iudicis per-inere, vt hoc statuat. Certi autem & speciales casus, quibus Reus ad hoc enetur sunt hi: Primus est, si mandato actoris reus rationes conscripsit, is nim quisquis sit, actori edere tenetur; quia hoc casu instrumenta ad ctorem pertinere videntur. *l.si quis ex argentarijs 6.§.prætor.ff. de eden.* Secun-lus est, si reus ratione publici officij, quod exercet, ad edendum tenetur, uta si sit argentarius, collectarius, vel nummulatius. Horum enim offi-ium publicam habet causam, & principalis eorum opera est, vt actus sui ationes diligenter conficiant. *l.prætor. & l.argentarius. ff. de eden.* Quod di-tum est de argentarijs, etiam rectè extenditur ad tabelliones, seu Nota-ios, quorum etiam officium est publicum, & ad hoc introductum, vt de ctibus & coram ijs gestis publica instrumenta & scripturas conficiant. taque si Notarius de re ad me pertinente confecit instrumentum, & à ne in iudicio convenitur, possum eum cogere ad editionem istius instru-nenti. Ita notant *Bart. & Zazius nu.3. ad l.prætor.ff.de eden. Decius, qui appellatur Iercules iuris ad l.1.nu.10. C. de eden. Approbat Menoch, in arbitr. iud. quæst. centur.5. asu 299. nu. 8.*

Secundò hoc etiam procedit in fœneratoribus & vsurarijs, Nam & illi enentur in causis vsurarum contra se edere & exhibere libros & codices uarum rationum. *tex. est in Clemeut.1.§.cæterum ext. de vsur.* vbi additur legans ratio, quod cum plerumque occultè & dolosè ineunt contractus surarios, vix convinci possunt de vsuraria pravitate, nisi libris & codici-us rationum suarum inspectis, & exhibitis. Tertius casus est, quando Reus, ijs rationibus in iudicio ad causam suam defendendam vteretur, nc enim actori tenetur edere. *l.1.§.edenda.ff. de eden.* quia acta iudiciaria mnibus litigatoribus, quorum interest, sunt edenda. *l.2. C. de eden.*

Tertiò opponitur, quòd nemo ea aduersus se exhibere cogitur, vnde bi fiat negotium. *l.nimis graue.C.de testib.* Ergo nec actor reo instrumenta dere tenetur. Resp. Illa lex in reo loquitur, quod scilicet reus non te-etur actori edere instrumenta. Quod ostendit vox intentionis in alle-ata lege posita, quæ libellum vel petitionem actoris significat. *l.si quis in-ntione. ff.de iudic.l.2.ff. de excep.*

Quartò refragatur *l.1.ff. de excep.* vbi traditur, quòd Reus in exceptio-bus loco actoris habetur. Ergo nec actor Reo tenetur edere instru-enta ad exceptionem suam probandam. Resp. In hoc reus vicem acto-s obtinet in exceptionibus, quòd sicut actor suam intentionem, ita reus am exceptionem probare tenetur. Verùm in modo & forma probandi agis priuilegiati & fauorabiles sunt rei quam actores, nam ad fundan-um & stabiliendam exceptionem actores reis instrumenta sua edere

tenentur, idque ex vulgata iuris regula, quòd fauorabiliores sint rei quam actores. *l. favorabiliores 25. ff. de R.I. l. Arrianus 47. ff. de obl. & act. l. absentem 5. ff. de pœn.*

Postremò objicitur, quòd actor Reo non tenetur edere nomina testium qui contractui interfuerunt. *l. non ex omnibus. 39. ff. de arbit.* Igitur nec instrumenta. Resp. Hoc specialiter introductum est, ne reus interim testes subornet, & ad falsum committendum alliciat: & ideò alia ratio in exhibendis testibus, quam in producendis instrumentis militat. Vide pulchrè & latè de hac quæstione differentem *Menoch. in arbitrar. iud. lib. 2. centu. 5. casu 499.* vbi refert & explicat 12. casus, quibus reus actori instrumenta vel rationes edere cogitur.

ASSERTIO XCV.

Infames in causis criminalibus testes esse prohibentur, in ciuilibus verò plenam fidem non merentur.

PROBATVR hæc sententia *in l. 3. §. pen. ff. de testib.* vbi dicitur testes propter infamiam & notam vitæ non esse admittendos ad testimonium. Facit *d. l. 3. in princ.* vbi dicitur, quòd iudex in fide testium diligenter examinare debet, an honestæ & inculpatæ vitæ sint, an vero notati & reprehensibiles. Ex quo colligitur, quòd infamibus non tanta adhibeatur fides sicut ijs, qui sunt integræ existimationis. *§. 1. No. 90. de testib.* vbi traditur testes honestam & inculpatam vitam debere ostendere. In criminalibus causis infames indistinctè testes esse non possunt. *l. quæsitum 13. ff. de testib.* vbi dicitur, damnatum de calumnia non debere admitti ad testimonium in publicis iudicijs: & additur ratio, quia ad iudicis officium pertinet, eius testis testimonium perpendere, qui est integræ frontis, id est, qui non est infamis. Denique manifestè confirmat hanc assertionem *l. 2. ff. de Senator.* vbi dicitur, quod Senator propter turpitudinem à Senatu remotus, neque iudex, neque testis esse potest.

Objicitur *§. si verò ignoti. No. de testib.* vbi dicitur obscuris & vilis conditionis testibus credi, sed cum tormentis. Resp. No. illa loquitur de obscurarum & ignobilium personarum testimonio, scilicet quæ sunt obscuriores & plebeiæ personæ, sed tamen non sequitur eos propterea esse infames.

Secundò opponitur hoc argumentum. Certæ & particulares quædam personæ infames à testimonio dicendo repelluntur. *l. 3. §. pen ff. de testib.* Ergo non omnes infames remouentur, ex vulgata iuris regula, quod inclusio

vnius

vius est alterius exclusio *l. cùm prætor 12. in prin. ff. de iudic.* Resp. Nominatim, & specialiter certis legibus publicorum iudiciorum infames non prohibentur à testimonij dictione, sed tacitè & generaliter satis legibus arcentur à testimonijs, quia *in d. l. 3. in princ. & §. vlt.* ait *I C.* iudicem explorare debere in persona testis, sit ne honestæ & inculpatæ vitæ, an verò notatus & reprehensibilis: item testes propter notam & infamiam vitæ admittendos non esse ad testimonij fidem.

Tota autem hæc res arbitrio & prudentiæ iudicis committitur: cuius est prudenter æstimare, quanta fides habenda sit testibus, dignitate scilicet, honestate ac fide testium diligenter inspecta & ponderata. *l. 3. §. ideoq; 1 uus. l. ob carmen 21. ff. de testib. Meno. de arb. iud. lib. 1. qu. 27.* vbi notat in criminalibus causis infames planè testes esse non posse. Et hanc sententiam, quod infames in criminalibus causis generaliter testimonium dicere non possunt, communi DD. suffragio receptam esse notant *Iul. Clarus in pract. §. 1. quæst. 24. vers. quæro modo. Dida. Covar. in tracta. de sponsal. 2. part. c. 8. §. vlt. num. 8. Donellus verò c. 1. in tract. de testib.* putat tunc infames non admitti ad testimonium, si alia probatio suppetat. Confirmatur & hæc assertio *auctoritate iuris Canonici, per tex. in c. licet causam, ex. de proba.* vbi dicitur, quòd testibus qui malæ famæ, vel leuis opinionis sunt, nulla vel modica fides adhibenda est.

ASSERTIO XCVI.

Testes, cùm de fide instrumentorum nihil dicitur, contra instrumentum audiri non debent.

COMPROBAT hanc sententiam *Paulus lib. v. senten. tit. xv. Idem probat l. 1. C. de testib.* vbi statuitur instrumentis probandam esse causam ingenuitatis, soli enim testes ad probationem ingenuitatis non sufficiunt. Ratio est, quia plus virium habent contractuum instrumenta, vel tabulæ testamenti, quam nudæ aliorum testium voces. *l. scripturas. & auth. seq. C. Qui po. in pig.* Et cùm scriptum est aliquid in instrumento, videntur omnia solemniter & legitimè esse acta. *l. sciendum 30. de V. O. §. 1. Inst. de fideius.*

Hinc etiam contra chirographum non admittuntur testes ad solutionem debiti chirographo comprehensi, nisi quinque numero, qui solutioni præsentes interfuerunt. *l. testium. C. de testib.* Scriptum non nisi contrario scripto refellitur, itaque chirographum apocha vel alio scripto, non testibus refutatur. *l. cùm de indebito. §. vlt. ff. de proba. l. generaliter. C. de non*

num.pec. Sic teſtamentum in ſcriptis conditum non infirmatur teſtibus, qui affirmant teſtatorem dixiſſe, ſe eodem teſtamenro nolle mori, quia nuda voluntate teſtamentum non infirmatur.

Opponitur *l.ſancimus 27. C.de teſtam.* vbi ſolenne & perfectum teſtamentum infirmatur teſtimonio trium teſtium, coram quibus teſtator declarauit ſe id nolle valere. Reſp. Sola declaratio voluntatis coram tribus teſtibus expreſſa, qua dixit teſtator ſe nolle prius teſtamentum valere, ad teſtamentum in ſcriptis conditum infirmandum non ſufficit, niſi tempore decennij etiam antiquatum fuerit teſtamentum.

Secundò aduerſatur *No. 107.* vbi contra teſtamentum patris inter liberos videntur admitti teſtes. Reſp. Quòd ſeptem vel quinque teſtes, qui teſtantur coram ſe patrem teſtamentum ſuum reuocaſſe, non ſufficiunt ad hoc, vt teſtamentum patris inter liberos confectum reuocetur: ſed requiritur præterea, vt aliud teſtamentum vel ex non ſcripto fecerit, qui ante fecerat ex ſcripto.

Tertiò repugnat *l. in exercendis. C. de fid. inſtr.* vbi dicitur in probando parem fidem mereri teſtes & inſtrumenta. Reſp. Regulariter teſtimoniorum & inſtrumentorum æqualis eſt virtus, ſed tamen præualet in multis inſtrumentorum probatio teſtium depoſitioni. Hinc in ætate hominis probanda, item ſtatu & iure perſonarum demonſtrando, plus fidei merentur inſtrumenta, veluti profeſſiones natalium, quàm teſtes *l. 1. C. de teſtib. & l. 6. C. de fid. inſt. l. 3. C. Si min. ſe ma. dix.* Sic facta antiqua & peruetuſta certius ſcripturis & inſtrumentis, quàm teſtibus probantur, quia memoria hominum eſt labilis, teſtiumque fides ex temporis diuturnitate imminui ſolet. *l. 3. §. duæ. ff. de Carb. edic. l. cenſus. ff. de proba.* Similiter etiam contra inſtrumentum non ſunt teſtes audiendi, niſi id velint falſi arguere. Cùm enim præter ſcripturam adhibiti ſint Notarius & teſtes publico inſtrumenro, firmior & efficacior eſt probatio inſtrumenti, quam teſtium. *arg. l. Domitius. ff. de teſta. c. cum Iohannes. ex. de fid. inſtr.* Itaque hoc vno tantum caſu, cum fides ſcripturæ in dubium vocatur, teſtes contra inſtrumentum admittuntur. *l. penul. C. de con. ſtip. Cuiac. lib. Obſ. 13. c. 38. & lib. 16. c. 25. & ad l. ſciendum 30. ff. de V. O. Olden. in tract. de teſtib. in fin.*

ASSER-

ASSERTIO XCVII.

Nullus in re propria idoneus est testis.

TExtus sunt in *l.omnibus 9.C.de test. & l.nullus 10.ff.eo.* Dicitur autem causa propria, cuius commodum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet. *l.1.§.in propria.ff. Qu.app.sit.*

Obijcitur, quòd legatarij possunt esse testes in testamento, in quo legatum eis relinquitur, & sic in re propria testantur. *§. legatariis.Inst.de test. orn.* Resp. Legatarius non sibi, sed heredi dicit testimonium, totum enim negotium quod in testamento agitur, inter hæredem & testatorem agitur, *§.sed neque.Inst.de test.ord.* Legata enim sunt accidentia testamenti, sine quibus testamentum consistere potest, & sic legatarij dicuntur sibi in consequentiam quandam testimonium ferre, heredi verò principaliter. Ea verò quæ per consequentiam accidunt, non solent considerari. *l. ff. de auct. tuto.* Præterea propter multitudinem testium in testamento interuenientium, hæc suspicio affectionis siue proprii commodi toleratur & mitigatur. Ex aliorum enim testium habilitate legatarius idoneus testis redditur. *arg.l.si quis ex argentariis, §.1.ff.de eden.* Ita alibi dicit glos. singularis *in l. testium fides.§.1.in verb. numerus. ff. de. testib.* quod id quod deficit in fide testium, supplet reliquorum numerus, vt etiam benè cecinit. *2o. libr. de med. amoris Ouidius*, *Et quæ non prosunt singula, multa iuuant.* Adde rationem, qua IC. Pomponius hanc decisionem confirmat *in l.si quis ita.ff. de reb.dub.* quæ huius quæstionis difficultatem tollit, quòd scilicet testamentum confirmatur testibus adhibitis. Cùm enim ideò testes adhibeantur testamento, vt per eorum subscriptionem & subsignationem testamentum confirmetur, & ob testimonii meritum remunerandi gratia aliquid eis relinquatur, non debet hoc, quod ad confirmationem testamenti factum est, ad euersionem eius pertinere: *arg. l.* legata inutiliter. *de leg. 1.* Et tradunt eleganter doctissimus. *Vigl. ad d. §. legatariis. & Forner. lib. 2. selectin.c.12.*

Secundò obijcitur, *§.si verò neque. Auth.de inst.caut.* & fide, vbi dicitur valere testimonium Notarii pro instrumento: Si enim instrumentum negetur à Notario scriptum, & ipse adfirmet se id scripsisse, ei soli fides habetur. Resp. Tabellio ut quilibet testis de facto suo, id est, auditu & visu dicit testimonium, non autem in ea causa, cuius damnum ac emolumentum ad se pertinet, ac proinde in causa propria non testatur. Postremò illud

tanquam ſingulare notandum, quod Principi & ſummo Pontifici, de proprio facto coram ſe geſto atteſtanti, plena fides adhibetur. *Clem.* 1. *ex. de probat.*

ASSERTIO XCVIII.

Inſtrumenta priuata, ſi non alijs adminiculis iuuentur, ad probationem ſola non ſufficiunt.

PRIVATA inſtrumenta, vt ſunt chirographa, apochæ, epiſtolæ, libri & rationes mercatorum, per ſe ſola ad probationem faciendam non ſufficiunt; ſed ſi alijs adminiculis probationum, puta confeſſione vel iureiurando adiuuentur, tunc plenam fidem faciunt. *l. 5. 6. 7. & 13. C. de proba.* Hinc ſi debitor fateatur chirographum manu ſua exaratum, vel ſua voluntate & mandato conſcriptum, plenam facit fidem: quia ad priuatam ſcripturam accedit debitoris confeſſio. *l. generaliter. C. de non num. pec.*

Obijcitur *l. etiam. ff. de proba. & l. 2.* C. *Si min. ſe. ma. dix.* Vbi parentum profeſſioni ſeu priuatæ ſcripturæ de natiuitate & ſtatu filiorum creditur, ſiue hunc filium ſuum eſſe, ſibi eo die natum, ſiue non eſſe, in actis profeſſi ſunt. Reſp. Hoc ſpeciale ius eſt, vt ætas liberorum probetur libris & ſcripturis parentum, quas conficiunt de anno & die, quo nati ſunt filij. *l. 2. in princ. ff. de excuſ. tut.* Et ratio iuſtiſſima eſt ſpecialis iſtius iuris, quia cùm parentes de ætate liberorum certi aliquid profitentur, tunc nullum adhuc commodum aut damnum filiorum verſatur. Itaque non præſumuntur mentiri parentes, cùm eo tempore nihil lucri ad filios peruenire poſſit. Præterea parentum teſtimonium non meretur in hoc caſu plenam fidem, ſed contrarijs probationibus poteſt infirmari. *l. Imperatores. ff. de proba.* vbi Scæuola reſpondit, profeſſionibus parentum in iudicio productis, veritati nihilominus locum ſuperfore.

Secundò obijcitur *l. non eſt nouum. C. de eden.* vbi dicitur debitorem poſſe petere à creditore ſuo, vt ſibi edat rationes ſuas & inſtrumenta, vt inde fides veri conſtare poſſit. Reſp. Rationes creditoris poſſunt ad hoc adferri à debitore, vt inde probet ſolutionem ſuam. Probant ergo priuata inſtrumenta ſiue rationes contra ſcribentem, non verò pro ſcribente. *l. 6.* C. *de eden. l. illatæ.* C. *de fid. inſtr.* Sic libri rationum tutorum probant contra ſcribentes in receptis. *l. qui ſub conditione. ff. de cond. & dem. l. Lucius 46. §. tutelæ. ff. de adm. tuto.* In expenſis verò requiritur cauſæ adſignatio, quia ſcrupuloſa cauſæ inquiſitio ab ijs exigitur qui rationes conficiunt. *l. ſi ſeruus* 119. *de lega.* 1.

ſa.1. Probatur autem cauſa expenſarum per libros rationum, adiuncto iramento. *l. ſi quis pro redemtione. C. de donat.*

Tertiò opponitur *l. Publia. §. fi. ff. depoſ.* vbi dicitur, quòd ſolis priuatis ſcripturis credatur pro ſcribente. Reſp. Acc. & communiter DD. Quando aduerſarius approbat & acceptat epiſtolam pro ſe, in his quæ faciunt contra ſcribentem, tunc tenetur etiam recipere & approbare in his, quæ faciunt pro ſcribente, & contra ſe. Quod verum eſt, niſi addat proteſtationem, quòd probet ſcripturam in his quæ faciunt pro ſe, non verò in his quæ faciunt contra ſe. Quæ proteſtatio admittitur, quando ſcriptura continet plura ſeparata capita, tunc enim poteſt pro parte approbari, pro parte verò reprobari. Si verò contineat connexa & coniuncta capita, tunc talis proteſtatio non admittitur, ſed in totum debet ſcriptura approbari vel reprobari. *arg. l. cùm quæritur 16. ff. de adm. tuto.* Ita notat *Caſtren. in l. Publia. §. vlt. Socin. in fall. reg. 186. Menoc. de arb. iud. lib. 2. cent. 1. quæſt. 93. & 94.*

Quartò aduerſatur *l. fideiuſſor 26. §. pater. & l. cùm tabernam. 34. ff. de pigno.* vbi traditur, plenam fidem tribui priuato inſtrumento, in quo perſcriptum erat debitorem bona ſua creditori pignori obligaſſe. Reſp. Quoties priuata inſtrumenta vtriuſque contrahentis gratia ſunt ſcripta, & ab vtroque contrahentium ſubſcripta, & ſubſignata, tunc plenè creditur hiſce priuatis inſtrumentis.

Poſtremò notandum, quòd priuatæ ſcripturæ, ſeu inſtrumenta, ſi trium teſtium ſubſcriptione fuerint confirmata, plenam fidem faciunt, ad inſtar publicorum inſtrumentorum. *l. Scripturas. & Auth. ſeq. C. Qui po. in pig.*

ASSERTIO XCIX.

Subditi regulariter non ſunt idonei teſtes in cauſa Principis, vel ciuitatis, iuxta communem DD. ſententiam.

RATIO enunciationis eſt, quia animi ſubditorum metu & terrore potentiæ ſunt occupati, ne veritatem proferre audeant. Idonei enim non videntur teſtes eſſe, quibus imperari poteſt, vt teſtes fiant. *idonei. ff. de teſtib.* Præterea ij teſtes tantùm audire debent, qui omni gratiæ & potentatui, fidem religioni iudiciariæ debitam præponere audent. *eos. C. de teſtib.* Verùm hæc de omnibus ſubditis non ſunt vniuerſaliter accipienda: nam ſic magiſtratus in tota ſua ditione non eſſet inuenturus idoneos teſtes. Ideoque ſic diſtinguendum cum *Oldend. in tracta. de teſtib.*

Aut

Aut certum est, magistratum esse tyrannum, qui veritatis testimonium iniquè laturus est, & tunc subditi metu potestatis concussi non admittentur ad testimonium. *l. Fulcinius. §. quid sit. ff. Ex qu. cau. in poss. l. vnic. C. Si rec. prouin. sponsa. dedit.* Aut constat magistratum veritatis professionem libenter auditurum, & testem reputari virum bonum, qui superioris magistratus gratia nolit mentiri, & tunc admittentur subditi, cessante causa suspicionis.

Obiicitur *l. in tantum 6. §. Vniuersitatis ff. de rer. diui. l. sed si hac. §. qui manumittitur. ff. de in ius voc.* Vbi dicitur, quòd seruus vel libertus ciuitatis, non est singulorum ciuium, sed ipsius Reipub. libertus, vnde & tam pro ciue, quàm contra ciuem testari potest, *d. §. Vniuersitatis. & l. 6. C. de quæst.* Itaque si potest seruus vel libertus ciuitatis testimonium dicere pro ciue, sequitur etiam ciuem pro uniuersitate in testem produci posse. Cùm enim commoda & bona singulorum ciuium sint seiuncta à bonis ciuitatis, nihil impedit, quò minus ciues in causa ciuitatis testes esse possint. Resp. sub distinctione. Aut causa ciuitatis litigiosa principaliter spectat ad ciuitatis honorem & commodum, & tunc singuli ciues idonei testes esse censentur. Ratio est, quia causa ciuitatis, singulorum ciuium propria esse minimè creditur. *l. 7. §. 1. ff. Quod cu. vni. no.* Sic ciues admittnnrur in testes super iurisdictione & confinibus ciuitatis, cùm ea res non concernat singulos, sed uniuersos ciues. Similiter cum agitur de legato ciuitati vel collegio relicto, pro ædificiis extruendis vel reficiendis, iuxta *l. ciuitatibus 122. de leg. 1.* rectè recipiuntur in testes subditi vniuersitatis. *Menoch. in arbitr. iud. quæst. lib. 2. ceutur. 2. casu 106. num. 4. 5. 6. & seqq. Couarru. c. 18. Pract. quæst.* Aut commodum rei, cuius est controuersia, spectat immediatè & principaliter ad singulos ciues, vt puta si agat ciuitas ad ius pascendi in pascuis publicis, vel cædendi ligna in syluis publicis, ex quibus singuli ciues commodum expectant, vtputa si singuli ciues in pascuis publicis habeant ius pascendi pecora, vel singuli ciues habeant ius cædendi ligna ex nemore publico: & tunc non possunt ciues ferre testimonium pro ciuitate. Quia præterquam quòd subditi sunt, videntur etiam quodammodo in re propria testimonium dicere, quod iure vetitum est. *l. omnibus. C. de testib.* Hæc est communnis DD. opinio, vt refert *Castren. in d. l. omnibus*, vbi notat ita quotidie obseruari. Approbat & sequitur *Menoch. de arbitr. iudic. lib. 2. cent. 2. casu 106.*

ASSER-

ASSERTIO C.

Subſcriptio inſtrumento facta, non continuò ſcribentem obligat.

QVÆRITVR, an is qui inſtrumento alicui ſubſcripſit, obligetur ex ſubſcriptione. Et in hac quæſtione ita diſtinguendum eſt. Aut quis ineundæ obligationis propoſito ſubſcripſit, & hoc caſu obligatur, non minus ac is qui principaliter in inſtrumento contraxit. Aut teſtimonij cauſa ſubſcripſit, & hoc caſu ſubſcribens non obligatur. Prior pars diſtinctionis probatur *in l.2. C. de reb. alien. non alienan.* vbi deciditur, quòd ſi fraus abſit, tunc is qui ſubſignat, vel ſubſcribit inſtrumentum venditionis, quo res ſua ab alio venditur, obligatur. Idem probat *l.3. C. Quod cum eo qui in alie. pot.* vbi dominus, qui inſtrumento ſerui, quo mutuum ſe accepiſſe fatetur, ſubſcribit, obligatur. Similiter creditor, qui venditione pignoris à debitore facta, tabulis venditionis ſubſcribit, pignus remittere cenſetur. *l. ſicut 8. §. non videtur. ff. Qu. mod. pig. ſol.* Poſterior pars, quòd ſcilicet nec ſignatores nec teſtes alieno teſtamento, vel contractui ſubſcribentes, ſibi præiudicent, vt ex eo obligentur, probatur *in l. mutua 14. C. Si cer. p. l. Caius 39. ff. de pig. act. l. Titia 34. §. Lucia, de leg. 2.* In quibus legibus traditur, quòd ſubſcribens alicui inſtrumento tanquàm teſtis, non obligatur, quia potuit ignorare, quæ in inſtrumento continentur.

Sed in hac quæſtione admodum inter ſe pugnant. *l. fideiuſſor 26. §. pater. ff. de pigno. & d. l. Gaius. ff. de pign. act.* Nam *in d. l. Gaius* aſſeritur, quòd ſi quis inſtrumento ſubſcribit, in quo res ſuæ ab alio venditæ affirmantur, quòd hac iſta ſubſcriptione ſibi non præiudicet, neque in rei ſuæ venditionem conſentire intelligatur. Contra *in d. §. pater*, deciditur, quod ſi quis inſtrumentum aliquod ſcripſit, quo domum ſuam ab alio oppignorari contineatur, quod ille hac ſcriptura ſibi præiudicet, & conſenſum obligationi rei ſuæ dediſſe exiſtimetur. Reſpondetur dupliciter. *Primò in d. l. Gaius*, ſubſcripſit aliquis tabulis teſtamenti, vel illas ſignauit, non cognito eo, quid in teſtamento contineretur, nam ſolent tabulæ teſtamenti à teſtibus ſignari vel ſubſcribi, etiamſi nihil de ijs conſtet eis, quæ in teſtamento diſpoſita ſunt, ideoque teſtes ſubſcribentes hoc pacto ſibi non præiudicant. At *in d. §. pater.* propria manu quis ſcripſit inſtrumentum pignoris, quo res ſuæ oppignorabantur. Itaque non poteſt ignorantiam eorum prætendere, quæ inſtrumento continentur, & proinde ſubſcribendo in obligationem rei ſuæ conſentit.

Secundò respondetur, quod *in d. l. Gaius*, subscripsit quis tabulis testamenti tanquam testis, quo casu quis ex sua subscriptione aut subsignatione non obligatur. *l. si pater 6. C. de fideius.* In contraria vero lege ineundæ obligationis causa subscripsit instrumento, ideoque ex scriptura obligatur. Quoties enim quis scribendo vel subscribendo vel personam vel bona sua obligat, hic efficaciter ex subscriptione sua obligatur. Sic si quis instrumento alicuius contractus subscripsit tanquam fideiussor, efficaciter ex fideiussione adstringitur. *l. si non subscripsisti 15. C. de adminis. tuto.* Similiter si quis scripsit instrumentum, quo res suæ pignori obligantur, hic scribendo sibi præiudicat, & in rei propriæ oppignorationem consentire censetur. *d. §. pater.*

CENTVRIÆ



CENTVRIÆ TERTIÆ

ENANTIOΦΑΝΩΝ.

ASSERTIO I.

Ad matrimonium contrahendum, omni jure tam divino quàm humano, item Ciuili & Canonico, requiritur de necessitate consensus parentum. in nuptijs Liberorum, contra communem Canonistarum sententiam.

PRIMO suadet hoc naturalis ratio & æquitas. §. 1. *Inst. de nupt.* Naturalis enim ratio nullo magistro docente hoc efflagitat, vt liberi obedientiam debitam præstent parentibus. *l. 2. ff. de iust. & iu.* & æquum est, vt notat *Theop. in d. §. 1.* vt parentes qui ad eam vsque ætatem liberos educauerunt, hoc honoris habeant, vt matrimonio liberorum consentiant, cùm liberi secundum Deum, se ipsos parentibus debeant. Secundò mouet hæc ratio, quòd maxima absurda & incommoda inde sequerentur, si nuptiæ sine parentum consensu contractæ valerent: tunc enim quilibet scurra posset honesti alicuius viri filiam quasi rapere, & inuitis parentibus abducere. Tertiò ciuilis ratio & æquitas id ipsum manifestè efflagitat; primò propter patriæ potestatis vinculum, tum ne inuito agnascatur suus heres: si enim liceret liberis, inuitis parentibus contrahere nuptias, agnasceretur inuito auo, vel patri suus heres, quod jure ciuili omninò prohibetur, §. *& tam filium. Inst. de adopt.* Quartò hoc etiam gentiles scriptores æquissimum statuerunt, Hoc perspicuè probat senex ille Simo in Andria Terentij, dum inquit, Adeoné impotenti esse animo, vt præter ciuium morem atque legem, & sui voluntatem patris, Tamen hanc studeat habere vxorem cum summo probro. Huc accedit, quod iure diuino, cui omnes humanæ leges cedere & subscribere debent, multis in locis traditur, vt necessario in nuptiis liberorum interueniat consensus parentum. Primò hoc quintum præceptum Decalogi satis euidenter

denter ostendit, quod iubet parentes honore & obedientia afficere: quorum honor in hoc maximè violatur, si liceat liberis, ijs repugnantibus, nuptias contrahere. Secundò huc pertinet, *quod Exod. 22. præcipitur.* Si quis seduxerit virginem, & pater virginis ei filiam dare nolit, reddat pecuniam quam virgines accipere consueverunt. Tertiò *Paulus* 1. *Ad Corin.* 7. agens de filia virgine elocanda, docet hoc jus esse penes parentes. Denique traditam & concessam hanc potestatem parentibus jure diuino, ostendunt varia scripturæ exempla, ex quibus apparet præcipuos in Populo Israëlitico viros, nunquam nisi parentum consensu inijsse fœdus coniugii. Testatur hoc exemplum Samsonis, qui cùm mulierem Philistinam amare cœpisset, non statim eam duxit in vxorem, sed primùm rogauit parentes virginis, vt eam sibi desponderent. *Iud.* 14. *Item Tobiæ* 6. Angelus ad Tobiam iuniorem dicit: Est hic Raguel qui habet filiam Saram, pete à patre eius, & dabit tibi in vxorem.

Quæritur nunc, An etiam de iure Canonico requiratur de necessitate consensus parentum? Et quidem veteres Canones hac in re cum iure ciuili euidenter consentiunt. Primùm enim Euaristus Pont. in hæc verba rescripsit, Aliter legitimum non sit coniugium, nisi ab his qui super fœminam dominationem habent, vxor petatur, & à parentibus sponsetur, & legibus dotetur. *c. aliter.* 30. *q.* 5. Simile rescriptum extat Leonis *in c. honorantur* 32. *q.* 5.

Obiiciuntur recentiora iuris Canonici responsa, & primum *c. sufficiat* 27. *q.* 2. vbi huiusmodi recitantur verba. Sufficiat solus, secundum leges, eorum consensus, de quorum coniunctione agitur. Resp. Illa verba ponuntur, non vt parentum consensus excludatur, sed iis verbis innuitur, quòd solus & merus consensus faciat nuptias, ad excludendum concubitum: sine eo nanque vinculum matrimonii firmiter contrahi potest. Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit. *l. nuptias* 30. *ff. de reg. iur.* Non enim eo in loco proponebatur, filium velle contrahere matrimonium sine consensu parentum, sed tantùm de eo quæstio erat, an præter consensum in nuptiis concubitus quoque requireretur. Licèt ergo de consensu parentum nominatim nihil dicat, tamen hoc satis euidenter ex mente canonis colligitur, cùm secundum leges consensum requirat.

Similiter ferè respondetur ad *c. tuæ. de sponsa.* vbi dicitur, matrimonium contrahi per legitimum viri & mulieris consensum. Requiritur enim ibi consensus legitimus, & talem qualem leges exigunt, quæ necessariò ad nuptias liberorum consensum parentum efflagitant.

Tertiò obiicitur *c. pen. ex de rapto.* quod plurimis negotium facessit: vbi orta quæstione, An miles possit retinere mulierem, quam rapuerat & abduxerat

uxerat inuitis parentibus, cumque ea contraxerat matrimonium, & con-
ıbuerat: respondit *Lucius Pont.* eam à marito recedere non posse. Sed
spondetur ibi interuenisse copulam, itaque matrimonii separatio dura
sa fuit; vnde veteres Canones hoc rescripto non abrogantur, sed ad-
ita hac exceptione temperantur: Si copula secuta non fuerit, ne vitiatæ
ersonæ fiat iniuria, néve simul amissa pudicitia virum quoque amittat.
uam sententiam euidenter comprobat Vlpianus *in l.1.in fi.ff.de lib.exhib.*
bi eleganter respondet, benè concordantia matrimonia, & liberis sub-
ıxa, non debere iure patriæ potestatis dissolui. Quem locum rectè de
uptiis liberorum sine consensu parentum contractis, & copula consum-
atis intelligit *Hotom.in §.1.Inst.de nupt.* Ita decidunt *Duare. ad tit.Solu.matr.*
2. *de nupt. & Coras.lib.1.Misc.c.17.* Eandem sententiam amplectitur & de-
ndit Erasmus Roterodamus, vnicum sæculi nostri decus atque orna-
entum *in Iam Epist.ad Corinth.c.7.* cap: 19 v. 6.

Postremò obijciunt Christi apud Matthæum verba, Quos Deus con-
nxit, homo ne separet. Ergo sufficit in nuptijs mutuus contrahentium
onsensus, absque parentum approbatione. Ad quæ respondendum,
uòd Deus eos tantùm coniungat, qui ritè, honestè, ac secundum ordi-
ationem eius copulantur. Non enim leues vanos & stultos affectus, iu-
enili calore incitatos, & amoris philtro inescatos, Deus pro matrimonio
abet. Sponsalia itaque clandestina absque parentum consensu inita,
ùm Dei voluntati repugnent, Deo authore conciliata videri non pos-
unt. Concludo ergo, quòd iusta est causa dissoluendi matrimonium re
ıtegra, si contractum sit sine auctoritate parentum, qui consummatio-
em matrimonii impedire possunt, si modò justas & legitimas habeant
ontradicendi & prohibendi causas. Ita defendit *Molinæ. ad l.nuptias.ff.de*
.I.in addit.ad Decium. Cui suffragatur *Hotom. in illust.quæst. quæst.9.* vbi nota-
iliter adiungit, quod Henrici II. Regis Galliarum constitutione cautum
t, vt mares ante annum 30. fœminæ ante annum 25. ob contractas sine
arentum auctoritate nuptias, & donationibus in ipsos collatis spoliari
ossint, præterea exheredari, & legitima portione priuari queant. Ad-
æc Imp. Carolus V. in hereditariis suis prouinciis constituit, vt si liberi
bsque parentum consensu & voluntate matrimonium contrahant, pos-
nt ob eam causam exheredari. Ita notat *Wesenb. in paratit. ad tit. de lib. &*
osth.nu.5.

ASSERTIO II.

Filia minor XXV. *annis, nubens ſine conſenſu parentum, poteſt exheredari, contra communem DD. opinionem.*

QVÆRITVR, an filia exheredari poſſit, quæ ſine conſenſu parentum nupſit. *Et ex Novella 115. §. ſed ſi filia.* ſatis euidenter apparet eam exheredari poſſe, ſi minor xxv. annis nubat ſine conſenſu parentum. *Nam in d. §. Imp. ait,* non poteſt filia exheredari, ſi poſt xxv. annos nubat ſine conſenſu patris. Ergo à contrario ſenſu tacitè ſatis hoc colligitur, ſi ante eam ætatem, hoc eſt, minor xxv. annis nubat ſine conſenſu parentum, poſſe eam exheredari. Magis ſtrictè & arctè requiritur in nuptijs filiæ, quàm filij, parentum conſenſus, propter ſexus imbecillitatem, & infirmitatem. Vnde & filia minor xxv. annis conſenſum matris & propinquorum adhibere debet in nuptijs. *l. 1. l. viduæ. l. in coniunctione. C. de nupt. Cuiac. ad No. 18.*

Non obſtat iuris Canonici deciſio, qua matrimonium liberorum ſine conſenſu parentum poſt copulam contractum, ratum eſt, & reſcindi non debet. Nam Pontifices volunt tantùm manere matrimonium, poſtquam eſt copula conſummatum, ne maius inde ſequatur ſcandalum, néve vitiatæ perſonæ fiat iniuria: non autem probant inobedientiam filij, nec iniuriam quæ patri illata eſt, impunitam relinqui volunt. *Duare. ad tit. de nupt. c. 2. Caſtren. ad l. ſi filiam. C. de inof. teſta. Decius ad l. nuptias. de R. I.* In contrarium eſt communis DD. opinio, qua ſtatuitur, quod non ſit iuſta cauſa exheredandi filiam, ſi invito patre contrahat matrimonium, maximè attento iure Canonico, dummodò non inhoneſtum & turpem, familiaque ſua indignum maritum elegerit. Ita decidit *Præſes Everardi conſil. 15.* vbi notat ab hac ſententia non eſſe in iudicando recedendum. Itaque ſi filia inhoneſto & indigno nupſerit, ſine dubio poteſt exheredari. *per l. 3. §. ſi emancipatus. ff. de bo. poſſ. cont. tab.* Ita eleganter & ſolidè tradit *Cuiat. lib. 3. Obſer. c. 5.* Diſſentit *Fachin. lib. 3. contro. c. 44.* vbi notat filium à patre exheredari non poſſe, etiamſi ducat vxorem ignominioſam invito patre. Idque maximè attenta iuris Canonici auctoritate nititur defendere, quo iure ex communi DD. errore putat conſenſum parentum tantum requiri de honeſtate, non verò de neceſſitate in nuptijs liberorum.

ASSER-

ASSERTIO III.

Si quis corruptam & vitiatam ab alio pro virgine duxerit, matrimonium rescindi non potest.

HÆc assertio probatur *ex c.1. & 2.29. q.1. & c.quemadmodum, ex. de iureiur.* eamque sententiam multis argumentis eruditè & solidè comprobat *Wesem. in parat. de rit. nup. num.8.* Ratio præcipua est, ne oc-ılta delicta nudentur, & quieta coniugia turbentur & distrahantur. Ad-ırtur & pro hac sententia hoc argumentum fortissimum: Si non dissol-ıtur coniugium propter alia vitia animi æquè grauia, imò maiora, vtpo- quia vxor est impia, hæretica, malæ frugis, perditè prodiga. *l.vlt.vbi Gl. verbo, abolita. C. de repud. c.2.ex.de diuort.* neque ob hoc vitium diuortium ıt admittendum.

Tertiò probatur hoc ex eo, quòd stupri accusari ea mulier non potest, ıæ post illud ducta est. *l.si vxor 13. §.fin. ff. ad l. Iul.de adult.* Serò enim ac-ısat mores mulieris, quos ducendo probauit. Cùm autem non distin-ıat lex inter scientem & ignorantem, sed loquatur generaliter, neque ıs distinguere debemus.

Obijcitur primò *lex Mosis.Deuter.22.vers.20. & 21.* vbi corrupta, quæ pro ırgine se elocari nuptijs passa est, capitali supplicio affici iubetur. Resp. ıges politicæ seu forenses Mosis nos non obligant, neque durior illa pœ-ı à Christianis recepta est. *Martyr in lo. com. Theol. lib.2.c.xı.* Igitur sicut ım à lege vel Principe pœna capitalis homicidij ob certas causas, vel ıcumstantias remittitur, aut mitigatur, non soluitur coniugium; ita & ıc casu respondendum est. *§. deportatio. No.22. de nupt.*

Secundò obstat *l.ex empto xı. §.si quis virginem. ff. de act.emp.* vbi emta ıuliere corrupta, quæ virgo esse putabatur, agitur ob iustissimum erro-ım ad rescindendam emtionem. Resp. Hæc lex magis confirmat hanc ısertionem, quia dicit, quòd talis error non impediat, quò minus contra-ıus valeat: quia nulla vitia locum faciunt redhibitioni, nisi vsum rei im-ıdiant, imò valere hoc casu emtionem expressè probat. *l.alioquin xı.ff. de ın.emp.* Quòd autem datur actio ex empto ad rescindendam emtionem, ı matrimonio non procedit, quia in causis status, puta libertatis, iurisiu-ındi, matrimonij, non datur restitutio. *c.quanto.ex. de diuort.l.si ex causa 9. §. ı.ff.de mino.* sed hîc valet immota regula; Quod Deus coniunxit, homo ı separet.

Tertiò

Tertiò opponitur, quòd dolus, quo alteri parti imponitur, rescindit contractus bonæ fidei, & coniugia. *c. tua 26. in fi. de sponsal.* Resp. Dolus hic non dat causam contractui, sed est tantùm incidens, quod genus non vitiat contractus. *DD. in l. si dolo.5. C. de resc. vend.* Deinde dolus tum demum annihilat matrimonium, quando res neque substantiam, hoc est, consensum contrahentium, neque formam coniugij habet. *d.c.tua.* Dissentiunt *Ioachimus à Beust in tractat. de matrimon. c.34. Beza in tract. de repud. & divers. fol. mihi.87.& 88. Philip. Melanthon in tract. de coniugio.* qui statuunt propter hunc errorem qualitatis, puta si quis corruptam & vitiatem pro virgine duxerit, matrimonium esse rescindendum.

ASSERTIO IV.

Ratihabitio patris liberorum nuptias subsequens, retrotrahitur, & ab initio iustas nuptias efficit.

QVAERITVR, an si ab initio pater nuptiis filiifam. non consensit, sed ex interuallo eas ratas habeat, an ratihabitio retrotrahatur, & ab initio iustas nuptias efficiat, an verò à tempore ratihabitionis demum nuptiæ confirmentur. Et verior probabiliorque est sententia, quod ratihabitio patris retrotrahatur, & ab initio iustas nuptias filii efficiat. Quæ assertio probatur primùm per generalem iuris regulam, qua traditur, quod ratihabitio retrotrahatur, & mandato comparetur. *c. ratihabitionem. d.R.I. in 6. l. vlt. C. Ad SC. Maced.*

Secundò hanc sententiam comprobat apertè *l.5. C. de nupt.* vbi traditur, quod si pater ex interuallo cognitis filii nuptiis non contradixit, quod iustæ nuptiæ, iustique liberi efficiantur.

Contrariam sententiam defendunt *Cuiac. lib.3. Obs. c.5. Contius lib.1. disp. c.7. & Hotom. in illust. quæst. c.9. Anton. Faber. in Papinianea Iurisp. tit. de nupt. princ.4. illat.10. Vulteius ad §.1. Inst. de nupt.*

Tria contra hanc decisionem adferuntur argumenta. Primum est, quod dicitur *in §.1. Inst. de nupt.* quod in nuptiis filiifam. patris iussus præcedere debet. Resp. Quoties iussus interuenit, is præcedere debet, ea enim est natura mandati seu iussus, vt præcedat actum & negotium. *l si quis mihi. §. iussum. ff. de acq. H. l. si verò 12. § si post. ff. Manda.* Cæterùm & absque iussu tacitus consensus & ratihabitio patris sufficit, quia Nouella lege generaliter definitum est, quòd omnis ratihabitio retrotrahatur, & confirmet ea quæ ab initio subsecuta sunt. *l. vlt. C. Ad SC. Maced. l. semper 60. ff. de R.I.*

Secundò

Secundò aduersatur *l.etsi contra 6. C. de nupt.* vbi traditur, quòd si magistratus in prouincia duxerit subditam, hæ nuptiæ iniustæ sunt. Sed si deposito officio postea in eadem voluntate perseuerent contrahentes, iustæ nuptiæ tum demum efficiuntur, sed ratihabitione retrò non confirmatur matrimonium ab initio. Resp. Ideò subsecuta ratihabitio nuptias ab initio non confirmat, quia nuptiæ antea non potuerunt confirmari, quamdiu magistratus officium in prouincia sustinebat: sed matrimonium sine consensu parentum contractum potuit ab initio confirmari eorundem consensu: ergo & sequens ratihabitio iustas ab initio nuptias efficiet.

Tertiò repugnat *l.si vxor 13. §.si quis vxorem.ff. Ad l. Iul. de adult.* vbi dicitur, quòd iure viri maritus non possit vxorem accusare adulterij, quam duxit inuito patre, cuius coniunctioni postea pater consensit. Resp. Ideò ratihabitio ibi non retrotrahitur, quia versamur in causis odiosis, scilicet in pœnis infligendis propter delicta. Odia enim sunt restringenda: fauores verò ampliandi, ideoque fauore matrimonij, vt scilicet iustæ nuptiæ, & legitimi liberi efficiantur, ratihabitio patris retrotrahitur; quia fauores sunt ampliandi.

ASSERTIO V.

Matrimonium metu contractum, ipso iure non valet.

METVS ipso iure vitiat matrimonium, si modò talis sit, qui cadat in virum constantem. Matrimonia enim debent esse libera, nec vi aut coactione vlla constringi. Vnde si quis vinculis, carcere, verberibus, periculo mortis illato, aut alio atroci metu, qui cadit in virum constantem, coactus sit ad ducendam vxorem, hoc matrimonium ipso iure non valet. *l.Titia.ff.de V.O. l.2. C.de cont. stip.c.significauit. ex. de eo qui dux. in vx. quam poll. per adult. c. cum locum. ex. de sponsal. l.si mulier 21. §.si dos. ff. sol. mat.* Hinc sequitur, quòd sicut filius inuito patre vxorem ducere non potest, ita nec pater filium inuitum & dissentientem cogere potest ad ducendam vxorem, quam non amat. *l.nec filium 12. C.de nupt. l.non cogitur 21.ff.de rit. nup.* Sed obstat vehementer *l.si patre 22.ff. de rit. nup.* vbi traditur, quòd si patre cogente filius duxit vxorem, quam non duxisset, si esset sui arbitrij, quod hoc matrimonium ratum sit, & valeat. Resp. sub distinct. Aut filius propter reuerentiam paternam consensit nuptijs puellæ, à patre suo contractis, quam aliàs si sui iuris fuisset, non esset ducturus, & hoc matrimonium propter reuerentialem metum non rescinditur. Ita

ntelligenda est *d. l. si patre.* Aut interuenit iustus metus facti, vt si pater filium verberibus aut carcere coegit ad ducendam vxorem, & tunc non valet hujusmodi matrimonium; sed tanquam metu contractum est rescindendum. *SneideWi. ad tit. Instit. de nupt. parte 2. num. 28. fac. l. Titia 134. ff. de V. O.* vbi dicitur, quod in honestum visum est vllo vinculo pœnæ matrimonia obstringi *Duare. ad tit. de nupt. c. 2.* Comprobatur quoque hæc assertio *iure Canon. per c. veniens. 15. ex de sponsal.* vbi dicitur, si aliquis inuentus sit dormire cum puella, & per parentus puellæ compellatur cum ea matrimonium contrahere, quod tale matrimonium sit inualidum, nisi sequatur copula, quæ metum præcedentem tollat, & nouum quodammodò consensum inducat. *c. significauit. ex. de eo qui dux. in vxo. quam poll. per adult. c. insuper. Qui matr. accus. pos.* vbi dicitur, quando quis etiam semel copulæ carnali consensit, omnis metus sublatus intelligitur, & matrimonium validum est: sequens enim copula purgat omne vitium. *cap. id quod. ex. de sponsal.*

ASSERTIO VI.

Deportatione non soluitur matrimonium.

QVOD deportatione non dissoluatur matrimonium, est apertus textus *in §. deportatio. No. 22. de his qui nupt. iterant.* Quod & obtinuit jure veteri, quia deportatio non fuit maxima capitis diminutio sed media *l. 1. C. de repud. l. res vxoris. C. de don. int. vi. & vx. l. sed si mors 13. §. 1. ff. eo. l. 5. ff. de bo. damn.*

Sed è diametro obstat *l. si quis sic stipuletur 56. ff. Sol. mat.* vbi dicitur deportatione solui matrimonium. Præterea obstant *l. penul. ff. de var. & extraor. cogn. & l. 4. §. vlt. ff. de grad. & affin.* Vbi dicitur, quod aquæ & ignis interdictio seu deportatio sit maxima capitis diminutio, & quòd libertatem & ciuitatem adimat, præterea quòd deportatione soluatur matrimonium. Resp. Ii qui deportantur, vel quibus aqua & igni interdicitur, nec liberi, nec ciues manent iure Quiritum. Liberi autem, & nuptię manent iure gentium. hoc est deportatione tollitur & amittitur libertas quæ est juris ciuilis, at verò naturalis libertas, seu iuris gentium, deportatione non tollitur. At verò ius gentium & naturale in nuptiis potissimum spectamus. *l. adoptiuus 14. §. 1. ff. de rit. nupt.* Igitur matrimonium deportatione non dissoluitur. Hæc ex Cuiacio deprompta sunt *ad d. No. 22. in princ.*

ASSERTIO VII.

De substantia matrimonij non requiritur deductio sponsæ in domum mariti.

NVPTIÆ solo contrahentium consensu perficiuntur. Consociatio enim animorum non corporum facit nuptias. *l. nuptias 30. ff. de R. I.* *l. cum hic status 32. §. si mulier. ff. de donat. int. vi. & vx.* Vnde nec deductio sponsæ in domum mariti, neque concubitus, neque confectio dotalium instrumentorum ad perfectionem matrimonii requiritur, aut quid aliud præter consensum. *l. penul ff. de don. int. vi. & vx. l. neque sine 13. C. de nupt.* Probat etiam hanc assertionem *l. si donationum. C. de nupt.* in qua statuitur, pompæ celebritatisque nuptiarum omissionem, firmitati matrimonij non obesse.

Obstant huic decisioni pleraque iuris loca, & primò pugnat *l. mulierem ff. de rit. nup.* vbi traditur, absentem mulierem per nuntium vel epistolam nubere non posse, quia deductione in domum mariti opus est. Resp. Olim certæ quædam ceremonię & solennitates obseruatæ fuerunt, quibus non adhibitis matrimonium ferè contrahi non solebat. Itaque quod asseritur *in d. l. 5.* opus esse vxoris deductione in domum mariti, in contrahendo matrimonio, de iis accipiendum est, qui sola & simplici conuentione non contenti, ritum illum solennem obseruare voluerunt, quem tamen non esse necessarium, affirmatur *in d. l.* si donationum. Itaque non affirmatur *in d. l. 5.* quomodo nuptiæ contrahi debeant, alioqui nudum consensum sufficere assereret IC. sed forma ac ritus deductionis in domum tantùm describitur & demonstratur.

Secundò repugnat *l. cui fuerit 15. ff. de cond. & dem.* vbi Vlpia. ait, conditionem nuptiarum tunc impletam videri, cùm vxor ducta fuerit. Resp. Hoc per metaphoram dictum accipi debet, tunc scilicet mulierem nupsisse videri, & conditionem nuptiarum impletam, statim atque ducta est vxor, & matrimonium consensu peractum, tametsi concubitus non accesserit. & vt ait IC. Vlpianus, quamuis vxor in cubiculum mariti nondum venerit, tamen videtur conditio nuptiarum implera simulatque matrimonium consensu est consummatum. Quod ratio subiecta liquido declarat. Nuptias enim inquit IC. Vlpianus consensus, non concubitus facit.

Tertiò refragatur Justinianus *in l. sancimus 24. C. de nupt.* vbi disertè sancit,

cit, conditionem nuptiarum impleri non posse, nisi ipsa accedat nuptiarum festiuitas. Resp. Ideò constitutio Justiniani nuptiarum festiuitatem exprimit, quòd rarò sine ea solennitate & pompa eo tempore matrimonia inirentur, idemque procul dubiò de matrimonio responsurus fuisset, quod solo consensu peragitur. Quod manifestè comprobat tex. *in d. l. sancimus. in fi. in verb. sed ex quo vota nuptiarum re ipsa processerint*, id est tunc satisfactum est conditioni nuptiarum, vel impleta nuptiarum conditio, quando cum virgine facta est desponsatio de præsenti. Tunc enim intercessit & impletum est votum nuptiarum, licet nondum interuenit conjunctio vel copula carnis. Ita not. *Gl. in l. 3. §. 1. ff. de dona. int. vi. & vxo. in verb. concubinæ.* vbi dicit, quod contracto matrimonio per verba de præsenti, ante deductionem in domum, secundum canones, vir & vxor sunt. Approbat *Panorm. ad rubr. de sponsal. nu.* 4. *Petr. Peck. de testam. coniug. lib. 4. c. x1. Neostadius Senator Clariss. in suprema Curia Hollandiæ. in tracta. de pact. nuptial. obseruat. 15. vbi refert à Senatu Parisiensi ita quoque fuisse iudicatum.* quod concubitus non sit necessarius ad perfectionem matrimonij, cum etiam virgo possit esse vxor. *l. ideoque 7. ff. de rit. nupt. l. licet. pen. C. de incest. nupt.* & quod communio bonorum inducatur inter sponsos; simulatque matrimonium in facie ecclesiæ sit contractum, etiamsi copula carnalis nondum sit subsecuta.

Quartò repugnat Aureliani rescriptum *in l. cum in te. C. de dona. an. nupt.* qui cùm consuleretur de donatione, quæ nuptiarum die facta dicebatur, anne à marito, an verò à sponso facta censeretur; rescripsit ita demum à marito donatum videri, si in sponsi domo facta fuerit donatio. Vnde colligi videtur, non aliter nuptias quàm per deductionem in domum mariti perfectas intelligi. Resp. Rescripto Aureliani hoc tantùm indicatur, cùm dubitatur post nuptias, an ante easdem res donata sit, ex deductione in domum mariti præsumi nuptias perfectas. Si tamen in proposita specie constitisset, quo tempore mutuò consensissent in nuptias coniuges, non opus fuisset ad hanc coniecturam recurrere. Hoc modo prædicta loca in speciem pugnantia conciliat *Duare. ad tit. de nup. c. 2.*

Concludendum igitur, nec concubitum, nec deductionem in domum, mariti aliúmve ritum solennem, ad matrimonium perficiendum jure ciuili esse necessarium. Itaque statim atque per verba exprimentia consensum de præsenti, sponsalia contracta sunt, iam verum matrimonium, etiam non interueniente copula carnali, contractũ censetur, quia nuptias facit consensus, non concubitus. *c.* cùm locum. *ex. de sponsal. Sneidewi. ad Inst. tit. de nupt. cap. de sponsal. num.* 15. Idque innumeris supremis curiarum sententijs est confirmatum vti notat. *D. Cornel. Neostadius in obserrat. rer. iud.*

Holl

oll. *Zelan. & Frif. c. 15. 16. & 17. Adde Gail. 2. Obf. 80. nu. 4. & feqq. Afflict. de-* :61.*nu.5.* Quod adeò verum eſt, quòd tales ſponſi participes ſint eorum crorum, quæ coniugibus alterutro moriente, ſuperſtiti ex pacto vel ıtuto debentur, quia ſponſa de præſenti vxoris loco habetur. *VVeſem. ad . de ſponſal. num. 7. & ad tit. de rit. uupt. num. 2.* Conſuetudine tamen obſer-ıtur, vt non aliter coniunx percipiat lucra nuptialia, quàm ſi virgo tra-ıcta fuerit ad domum ſponſi, & matrimonium copula fuerit conſum-etum. Jure Saxo. requiritur ingreſſus thori maritalis, ad hoc vt ſuper-:s coniunx alterutro moriente acquirat lucra nuptialia. Vnde in ſta-tis Saxonicis hæc clauſula additur, poſtquam aſcenderunt thorum nu-ialem, *Wanneer dat bruyt bedde beſchreden is. Weſenb. in parat. ad tit. de ſponſal. tit. de rit. nupt. SneideWi. ad Inſt. de ſucceſ. viri & vxo. num. 121. Ferra. in for. libel. o vxor agit agit ad dotem.*

ASSERTIO VIII.

Adulterio diſſoluitur matrimonium, non tantùm quoad ſeparationem thori, ſed etiam quoad vinculum matrimonij, contra communem Canoniſtarum ſententiam.

PROBATVR hæc concluſio *ex Matthæo c. 5. & 19.* Vbi Chriſtus ex ſola cauſa adulterij, licere libellum diuortii tradere reſpondit. Ergo & innocenti perſonæ nouæ nuptiæ conceduntur. Neque enim diuor-ım verè eſt, vbi innocens perſona manet obligata. *Weſem. in parat. de di-t. infi.* Præterea Chriſtus interrogabatur de illo diuortii genere, quod in-r Judæos vſurpabatur, quo matrimonij vinculum diſſoluebatur, ac oinde non de alio diuortij genere reſponſio Chriſti intelligenda eſt. dhæc coniugij vinculum abrumpir, quiſquis factus eſt ſcortatricis mem-um: nec enim poteſt ſimul eſſe & adulteri & mariti caro. Neque ſubſi-re poteſt Canoniſtarum diſtinctio, *tradita in c. 2. de coniu. lepro. c. dixit domi- 32. qu. 1.* qui ſeparationem thori tantùm fieri tradunt adulterio, non rò diſſolui vinculum coniugale; ac ſic noui coniugii poteſtatem inno-nti perſonæ, quæ propter adulterium diuortium fecit, non concedunt. ec enim ſententia à doctiſſimis Theologis noſtra ætate eſt confutata. ta, *Bucero, Melanthone, Beza, Petro Martyre, & alijs celeberrimis reformatæ religio- Doctoribus.*

Non obſtat locus *Pauli 1. ad Corint. 7. verſ* 10. *&* 11. Vxor à viro ne diſcedito, quòd ſi diſceſſerit, maneat innupta, aut viro reconciliator. Quia Paulus non loquitur ibi de legitima diuortio, ſed de diſceſſione iniuſta, quam Corinthii leues homines & luxurioſi, ob ſimultates, odia & diſſidia faciebant. Qui ob haſce cauſas iure non probatas diuertit, reconciliari debet perſonæ, à qua diſceſſit, aut ſine ſpe coniugij viuere. Cæterùm hoc ad legitimam diuortii cauſam non eſt trahendum, quia in caſu adulterii Dominus permiſit innocenti aliam ducere, quod ex mente tacita, vel vt loquuntur DD. à contrario ſenſu ſatis conſtat. Nam ſi dicitur mœchari, qui dimiſſam à priore marito vxorem ducit, excepta cauſa adulterij, ergo ob cauſam adulterii facto diuortio, aliam ducens non mœchatur. Præterea diſſolutio, quam facit magiſtratus auctoritate diuina, ex iuſtis cauſis, vera eſſe debet, nec innocenti perſonæ captioſa. Itaque innocenti perſonæ nouarum nuptiarum facultas concedenda eſt, ne ſcortationis periculum incurrere cogatur. *l. conſenſu. §. ſi verò in verb. vxoremque ſtatim ducere. C. de repud.* Quod & ſacræ hiſtoriæ comprobant. Sic Hieronymus defendit Fabiolam, quòd à coniuge polluto ſeparata, alteri nupſiſſet. Concluditur itaque rectè in reformatis Eccleſiis, ex verbo Dei, innocenti perſonæ ſecundas nuptias concedi, modò anctoritas Eccleſiæ & pii magiſtratus accedat. Ita eruditè & ſolidè tradunt. *Beza in tract. de diuort. Martyr. claſ. 2. loc. com. c. 10. nu. 58. 59. & ſeqq.*

ASSERTIO IX.

Mulier non tantùm contra tacitam, ſed etiam expreſſam anteriorum creditorum hypothecam, πρωτοπραξίας beneficio, in repetitione dotis gaudet. contra communem DD. ſententiam, & contra DONELLVM.

MVLIER dotem repetens, præfertur aliis creditoribus tempore prioribus, in bonis mariti, quæ illi tacitè obligata ſunt, pro dote recuperanda. *l. aſsiduis. C. Qui po. in pig. l. 2. §. vlt. & l. ſeq. ff. de priu. cred.*

Sed magna eſt inter magiſtros iuris controuerſia, an etiam hoc πρωτοπραξίας beueficio vtatur contra anteriores creditores expreſſam hypothecam habentes? Et quidem crebrior & receptior eſt ſententia *DD. in d. l. aſsiduis*, mulierem præferri creditoribus tacitam hypothecam habentibus, expreſſam nulla ratione.

Contraria

Contraria tamen ſententia eſt Martini veteris gloſſatoris, quæ & pro-
bili ratione nititur,& textibus defenditur, & ſecundum eam in camera
perij pronuntiatur, vt notat *Minſ.cent.4.Obſ.13.* Eamque præter ſubdi-
os interpretes amplectuntur *Cynus in d.l.aſsiduis. Corras. in l.qui liberos. ff.de
nup. Cuiat.ad No.97.& in paratit.C.de privil.dot. Vulteius ad §.fuerat.Inſt.de act.
ibidem Borcholt Fachin.lib.3. contro.iur.c.99.* qui benè notat,quod DD. qui
prælatione dotis mulieri conceſſa in repetitione dotis, tacitam hypo-
ecam ab expreſſa diſtinguunt, novam. *l. & planè contrariam dicta l.aſsiduis
lere conantur. Fab. lib.8. coniect. iur. c.11. & 12. Vaudus lib.1. quæſt. iur. c.21.*
primum probatur *ex d.l.aſsiduis, & l.in rebus.C.de iur.dot.* quæ cùm indi-
ctè loquantur mulierem præferri omnibus prioribus creditoribus in
pothecis, nec diſtinguant inter tacitam & expreſſam hypothecam, ceſ-
e debet & hominis diſtinctio. *arg.l.de pretio.ff.de Publicia.* Deinde probat
c euidenter inuicta Martini ratio. Si mulier præfertur creditori mu-
anti in refectionem ædium, atque is potior eſt eo, cui anterior & ex-
eſſa hypotheca ex pacto competit. *l.interdum 5. & l.ſequ.ff.Qui po. in pign.
.97. §.his conſequens.* præferetur etiam mulier creditoribus prioribus ex-
eſſam hypothecam habentibus; quia ſi vinco vincentem te, multò
agis vinco te. *l.de acceſsionibus.ff. de diu. tem.præſcr. Pulchrè Cuiatius ad No.97.
æqualit. dot.*

In contrarium adfertur, quod dicitur, mulierem in cauſa dotis, & fiſ-
m paribus paſſibus ambulare. *l.2. C.de priu.fiſ. l.dotis.C.de Iur.dot.* fiſcum
men creditoribus prioribus expreſſam hypothecam habentibus non
e potiorem, traditur *in l.ſi pignus. ff. Qui po. in pig.l.ſi fundum.C.eo.* Sed re-
ondetur, quòd Imp. huiuſmodi prærogatiuam mulieribus ex ſingu-
i gratia conceſſit, ideoque eius reſcripto. *l.2.C.de priu.fiſ.* antiquata vi-
tur. Vel aliter poteſt reſponderi, quòd quamuis mulier fiſco non præ-
atur, quia priuilegiatus contra priuilegiatum ſua prærogatiua non
itur, nihilominus mulier in concurſu aliorum creditorum potiora iura
tinebit. *Guiber. in tract. de dotib.c.7.* Itaque hoc ſtatuitur tantùm *in d.l.2.*
òd licet vxori πρωτοπραξία concedatur contra reliquos creditores,
n tamen fiſco, cum quo maritus ante dotis conſtitutionem contraxit,
ſingularem, quo eum Impp. proſecuti ſunt fauorem, vxor eſt præpo-
nda. *Pulchrè Pet.Vandera. in tract. de pri. vel. cred.c.4 & Coraſ.in l.qui liberos.
m.117.ff.de rit. nupt.*

Secundò opponitur, quod potior eſt diſpoſitio hominis, quam Legis.
lt. C.de pact.convent. & l.& habet.§.1.ff.de precar. Atqui creditores priores
untur cautione hominis, mulier autem diſpoſitione Legis. Igitur cre-
tores priores habentes expreſſam hypothecam præferuntur mulieri in

repeti-

repetitione dotis. Resp. Hoc axioma quod potior ſit diſpoſitio hominis quam Legis, accipiendum eſt, quoties lex tantum diſponit, vt auxilium adferat & ſubſidium diſpoſitioni hominis. At verò ſi lex lata eſt ideo, vt prævaleat, & vincat cautiones hominum, tunc etiam potior erit Lex diſpoſitione hominis.

Tertiò hoc mouetur argumentum. Priuilegia tributa conſtitutionibus Principum non debent in aliorum iniuriam redundare. *l. cum auus. C. de emanc. lib.* Ergo priuilegium prælationis mulieri indultum, non debet ad aliorum creditorum damnum porrigi. Reſp. Vera eſt enunciatio, niſi Princeps prudens ſciénſve ob publicam ſimilémve cauſam nominatim tale priuilegium indulſerit. *l.2. §. ſi quis à principe. ff. Ne qu. in lo. pub.* At in præſenti caſu Iuſtinia. mulieribus hanc prærogatiuam conceſſit, ut indiſtinctè omnibus creditoribus præferrentur, quoniam publicus matrimonij fauor hoc efflagitabat. Publicè enim intereſt, fœminis dotes conſeruari, ad ſobolem procreandam & educandam, & replendam liberis hominibus civitatem. *l. 1. ff. Sol. mat.*

Quartò adducitur hoc argumentum: quòd mulier paciſcendo prioribus creditoribus, quibus ius quæſitum erat, nocere non poteſt, *l. filius C. de pact. l. tranſactione. C. de tranſ.* Reſp. Mulier ius quæſitum alijs non aufert, ſed lex & Principis reſcriptum. Cùm autem lex magis ſit rerum noſtrarum domina, quàm nos ipſi, *l.2. ff. de leg.* ex iuſta cauſa res proprias ſingulis aufert, & poſteriores creditores prioribus præponit. Et ſi quis fortè inſtet & vrgeat hanc conſtitutionem Iuſtiniani, de iure prælationis conceſſo mulieri in dote contra priores creditores expreſſam hypothecam habentes, pugnare cum iure & æquitatis ratione, dicendum Iuſtinianum impensè & plus æquo mulieribus favere voluiſſe, fuit enim plane vxorius Imp. & ad nutum & beneplacitum coniugis ſuæ Theodoræ ſæpe Leges mutavit, fixit & refixit, vt videre eſt in plurimis conſtitutionibus Novellarum. Denique hic illud I C. Vlpiani verbum obtinet. Quod quidem perquam durum eſt, ſed Lex ita ſcripta eſt. *l. proſpexit 12. ff. Qui & a quib. manu. Eleganter Faber in error. pragmat. decade 6. erro. 2.*

Quintò & poſtremò grauiter aduerſatur *l. vbi. C. de iur. dot.* qua permittitur vxori vindicatio rerum dotalium, ſi maritus labatur facultatibus, contra poſteriores creditores, vel alios qui non habent legibus potiora iura. Hinc liquidò patet, creditoribus prioribus expreſſam hypothecam habentibus, mulierem non præferri, cùm poſterioribus tantùm præponatur, & ij qui potiora iura non habent, id eſt, qui tacita hypotheca nituntur. Reſp. Quòd iſta ſit propria legis ſententia, quòd mulier tam prioribus quàm poſterioribus creditoribus præferatur, quamcunque hypothecam

hypothecam prætendant, nisi maius habeant priuilegium, vt fiscus in causa primipili, & liberi in exactione dotis maternæ: *l.4.C.In qu.ca pig.tac.* *l. l. asiduis. §. & ideò. Guiber. d.loco. c. vlt.* Contraria sententia, quod videlicet mulier tantum præferatur creditoribus prioribus tacitam, non verò expressam habentibus, communiter frequentiori calculo interpretum recepta est. Quam tuentur & approbant *Dynus in c.qui prior.de reg. iur. in* *°. Iason Zazius & SneideWinus ad §. fuerat. Inst. de act. Donel. ad d.l. asiduis.* *Meuzant. depignor. par.4.nu.19. Gail. lib,2.Obs.c.1.25.nu.101. qui & ab ea opinione* *no tempore in Camera imperij non esse recessum adfirmat.*

ASSERTIO X.

Promittens dotem incertam, efficaciter obligatur ad dotem, pro modo suarum facultatum, & dignitate mariti constituendam.

PRIVILEGIVM dotis est, vt licet quis generaliter dotem, sine designatione quantitatis, aut certæ rei promiserit, tamen teneatur efficaciter, dotisque quantitas pro modo facultatum promittentis, & dignitate mariti, mulierisque statuenda est. Idque verum est, tam in patre puellæ, quàm extraneo. *l. quæro. 60.l.cum post.69.§.gener.ff.de iu.dot.l.3. C.de* *dot.prom.l.cum is.32.§.mulier.ff.de cond.inde.*

Obiicitur *l. 1. C.de dot.prom.* vbi ex his verbis in pactis dotalibus comprehensis, *Ea quæ nubit, dotem dare promittit*, mulier contra eos, qui eam nuptui collocabant, agere non potest, ad dotem constituendam. *Resp.* Ibi ipsa mulier obligauerat suam personam ad dotem dandam, itaque alij qui dotem non promiserunt, minimè obligatione adstringuntur. Hoc igitur tantùm ista lege deciditur, quod cùm nihil sit mulieri promissum, sed ipsa promiserit se dotem daturum, mulierem quoque actionem non posse intendere ad dotem dandam. Sed de hac quæstione, an incerta promissio dotis mulierem obliget, nihil ista lege definitur. Si tamen quid certi statuendum esset, dicendum est, obligari mulierem, vt dotem pro modo suarum facultatum & dignitate mariti constituat: nam in pijs causis, vti est dotis constitutio, incertitudo non vitiat promissionem. *l. si filiæ 43. de leg. 3. Costal. ad d. l. cum post. §. gener. ff. de iur. dot.* Quòd si extraneus promisit, sine certa quantitate aut specie se dotaturum puellam, tantum dare cogitur, quantum habita ratione bonorum

ejus, & dignitatis puellæ, judex æquum ſtatuet. *d.l.3. C.de dot.promiſ. Connan. & Duare.* aliter hanc antinomiam conciliant, & *d.l.* 1. ita intelligunt, quòd mulier incertam dotem promittens non obligetur, & vel vno denario, vel minima re in dotem data liberetur. Ratio eſt, quia cùm mulier in genere dotem promittit, ſua refert, nullam vel minimam dotem eſſe in obligatione, vt omnia reliqua bona ſibi propria habeat, titulo dotis non obligata, debetque maritus ſuæ ignorantiæ & imperitiæ ſeu negligentiæ imputare, quòd non contraxit cautius. Sed quando alius pro muliere dotem incertam promittit, efficaciter tenetur, quia non ſolùm mariti, ſed multò magis mulieris intereſt, dotem arbitrio viri boni taxari, ne mulier fiat indotata, & ſic fortaſſis à viro domo expellatur. *l.vlt. C. Ad SC.Vell. Connan.lib.8. com.c.8.Duare.lib.1.diſput.anniuer.c.56.* Vide aliter hanc antinomiam conciliatam apud *Ioannem Robertum lib. 4. ſenten. iur.c.vlt. Confer.Fachin. lib.8.contro.iur.c.75.* ubi quinque diuerſas conciliationes recitat inter *l.cum poſt §. gener.ff.de Iur. dot. & l.1.C. de dot. promiſ.* Præterea conſule *Sarmien. lib. 8. ſelect. interpret. ad l. quidam teſtamento 30.ff. de leg. 2. Guibert. de dotibus.c.4. nu.4. & 7.*

ASSERTIO XI.

Filia ſuperſtitibus liberis in coniugio defuncta, dos profectitia non reuertitur ad patrem, ſed manet penes maritum.

DEFENSA fuit hæc ſententia, & primò recepta à Martino contra Bulgarum propter has firmiſſimas rationes. Primò dos dicitur proprium filiæ patrimonium. *l.3.§.ergo.ff.de mino.* ideò ad liberos prius quàm parentes bonorum dotalium mulieris ſucceſſio deuoluitur. §. 1. *No. de here.ab inteſt.* Secundò dos propter onera matrimonii datur, ſed maritus mortua, ſuperſtitibus liberis, vxore, onera adhuc ſuſtinet. *l.ſi maritus 46. ff.Fam.erciſc.* Ergo æquum eſt dotem penes eum manere. *l.ſi is qui. §.ibi dos.ff.de Iu.dot.* Tertiò hanc ſententiam confirmat. *l. illam. C.de collat.* in qua nepotes auo ſuccedentes dotem matris conferre compelluntur; quod non eueniret, ſi dos mortua filia reuerteretur ad patrem. Nã ſi ad avum, patrem ſcilicet matris eorum dos reuerteretur, non eſſet in ea ſpecie de collatione dotis tractandum inter ipſos nepotes, quia dos apud eos non eſſet, ſed apud ipſum avum. Quartò confirmatur hæc ſententia *ex l.pater. ff. de pact. dot.* vbi reſpondetur, valere pactum, quo pater qui filiæ nomine

dotem

dotem dedit, paciſcitur, vt mortua filia ſuperſtitibus liberis, deducta parte tertia, reliqua dos ſibi, aut poſt mortem ſuam filijs reddatur. Quòd ſi dos ex juris communis diſpoſitione ad patrem regredi deberet, fruſtra tale pactum interponeretur. Quintò hanc opinionem corroborat. *l. poſt dotem 40. ff. Sol. mat.* vbi pater ſtipulatus erat dotem ſibi reddi diuortio facto, & pronuntiauit Papinianus, quòd poſtquam extiterit ſtipulationis conditio, & filia ſine liberis deceſſerit, pater ex ſtipulatu rectè agat. Ergo ſuperſtitibus liberis relictis, dotis condictio patri denegabitur. Vltimò manifeſtè hæc ſententia comprobatur *in l. vnica. §. illo procul. dubio. C. de rei vx. act.* vbi traditur, quòd mortua in matrimonio muliere, dos quæratur illius hæredibus: proximi autem hæredes matri ſunt liberi, etiam in lucris nuptialibus. *l. ſancimus. C. Commu. de ſucceſ. l. quod ſatis. C. de bo. quæ lib.*

In contrariam partem citatur *l. pater filiæ. ff. de euict. & l. dos à patre. C. Sol. mat.* Verùm reſpondetur, quòd iſtis legibus ſimpliciter dicatur, quod ſi in matrimonio deceſſerit filiafam. quod dos à patre profecta ad eum reuertatur: ſed nulla ibi fit mentio de caſu exiſtentium liberorum. Ideoque ex generali iſtarum legum deciſione nihil certi in hac quæſtione probari poteſt. Vnde rectè tradunt communiter DD. quod maritus poteſt retinere dotem propter liberos. *Weſem. in parat. ff. Sol. matr. Pulchrè Faber. lib. 1. coniect. c. 16.* vbi hanc ſententiam conſuetudine obſeruari notat. eamque tàm iure nouo quam veteri obtinere ſolidis argumentis demonſtrat. Quod & confirmat *Accurſius in l. 4. C. Sol. matr.* vbi notat hanc ſententiam, quod dos profectitia mulieris maneat penes maritum exſtantibus liberis, tanquam liberis fauorabilem in uſu forenſi eſſe receptam.

Secundo obiicitur *l. vnica. §. ſileat C. de rei vxor. act.* vbi dicitur, maritum non retinere dotem propter liberos. Reſp. lex illa procedit, quando diuortio ſolutum eſt matrimonium, tunc maritus dotem retinere non poteſt propter liberos. Idque confirmat euidenter *d. §. ſileat*, vbi ſubiungitur, ideo maritum retentione dotis non vti, ne varium genus culpæ contra vxorem excogitet. Quod omnino accipiendum eſt de matrimonio diuortio ſoluto, non morte mulieris; cùm nulla culpa mariti vel mulieris accidat, ſi morte diſſoluatur coniugium.

Tertio opponitur. *No. 118. de heredit. ab inteſt. §. 1.* vbi ſtatuitur, quod bona liberorum profectitia poſt eorum mortem, jure ſucceſſionis ab inteſtato deferuntur ad parentes. Reſp. Hoc de aliis bonis quam dotalibus obtinet, quia dos dicitur proprium patrimonium filiæ, vnde ad liberos tranſmittitur. *l. 3. § ergo. ff. de minor. 25. an.* In lucris enim nuptialibus liberi proximi ſunt heredes matris *l. quod ſcitis 3. C. de bo. quæ liber. l. vlt. C. Comm. de ſucceſ.* Diſſentiunt ab hac opinione *Fachin. lib. 3. contro. c. 71. Guibertus de*

dotibus c.6. nu.3. & seqq. Notandum autem quod Fachinæus distinguat inter filiam in potestate, & emancipatam, vt priori casu dos revertatur ad patrem etiam superstitibus liberis, posteriori vero casu remaneat dos penes maritum & liberos. Dissentit & *Hotom. in tractat. de dotib.* vbi tradit, quod dos profectitia mortua muliere ad patrem extantibus etiam liberis redeat, non ad maritum. Postremò opponitur, quod si iure communi dos maneret apud maritum, liberis superstitibus, frustra interponeretur pactum de dote lucranda in casu existentium liberorum, quod tamen pactum valet. *l. si pater dotem 12. l. inter 26. §. cum inter. ff. de pact. dota. l. si dotali 48. ff. Sol. matr.* Resp. Quæ dubitationis tollendæ causa contractibus inseruntur, ius commune non lædunt, possuntque ea quæ iuris communis sunt, etiam pro maiori cautela pacto includi. Ideòque talia pacta valent inter coniuges, licet iuri communi sint conformia. *l. qui mutuam 56. ff. Manda.*

In aduentitia quoque dote liberi præferuntur patri, & mortua in matrimonio muliere, dos aduentitia semper penes matitum manet. *l. mulier. ff. de cond. inst. l. 5. ff. de bon. damn. l. 23. & 24. ff. de euict. l. 15. ff. de fund. dota. l. vnic. §. illo proculdubio. C. de rei vx. act. l. vlt. §. 1. ff. Vt lega. no. cav. Hotom. in tract. de dotib. Cuiac. lib. Obs. 9. c. 4. Ferra. in for. libel. quo vxor agit ad dotem.*

ASSERTIO XII.

Mulier naturaliter domina est dotis, maritus fictione iuris ciuilis.

TRADITVR hæc distinctio *in l. in rebus 30. C. de iu. dot.* Maritus dominus est dotis, inspecto scilicet initio, quoniam dos ipsi traditur. *l. 7. §. fiunt autem. l. 9. §. 1. ff. de iu. dot. l. si prædium. C. eo.* Præterea quoad exercitium actionum, & administrationem bonorum, quam lex ei concedit constante matrimonio, maritus censetur dominus dotis. *l. de his. C. de iu. dot. l. doce ancillam. C. de rei vend.* Item quoad fructus dotis, maritus fictione iuris censetur dominus dotis, quos percipit & lucratur pro oneribus matrimonij. *l. pro oneribus. C. de iur. dot.* Verùm inspecto effectu exituque, quia plerunque morte mariti aut diuortio soluto matrimonio, dos redit ad mulierem, & quia interim omne emolumentum ad eam pertinet. *l. Titio centum. §. Titio genero. ff. de cond. & dem.* effectu scilicet, cùm pro ea maritus vicissim onera matrimonij sustinere cogatur. *l. quamuis 75.*

uis 75. ff. de Iu. dot. mulier iure naturali eſt domina dotis, maritus fictione iuris ciuilis. *l.6.§.ſi fundum.l.ſi conſtante.§.ſi maritus.ff.Sol. mat.l.3. §.ergo. ff. de mino.l.Lucius. §.idem reſpondit.ff. ad Municip.*

Obijcitur huic ſententiæ, quòd duo in ſolidum eiuſdem rei domini eſſe non poſſunt. *l.ſi vt certo.§.ſi duobus.ff.Commod.* Igitur maritus & vxor non ſunt dotalium rerum domini. Reſp. Dominium duplex eſt: Vnum verum & efficax, quod mulier habet, quæ iure naturali domina eſt dotis. *d.l. in rebus.* Alterum fictum & imaginarium, quod eſt apud maritum, qui fictioue iuris dominus dotis eſſe cenſetur: Atqui dominium eiuſdem rei apud plures diuerſo reſpectu eſſe poteſt. Sic directum dominium agri emphyteutici habet dominus directus, qui prædium dedit in emphyteuſin, vtile dominium habet emphyteuta, quia vtilis in rem actio illi conceditur. *l.1.ff. Si ag. vect.pet. l.poſſeſſores. C. de fun.patr. lib.x1.*

Secundò obijcitur quod traditionibus verum & natnrale dominium transfertur in accipientem. *§. per traditionem. Inſt. de rer. diviſ.* At fundus dotalis non aliter conſtituitur niſi traditione. *l. de diviſione 5. ff. Sol.matr.* Ergo verùm & naturale dominium dotis tranſit ad maritum. Reſp. Hoc argumentum ita demum procedit, ſi idoneus contractus ad transferendum verum & naturale dominium intercedat, hoc eſt, ſi res ea mente tradatur, vt verum & naturale ſeu efficax dominium ad accipientem perveniat. *l.traditio.ff. de acqu. rer. dom.* Hic autem vxor non ita tradit dotem, vt verum & naturale dominium marito acquiratur, ſed tantum hoc agitur, vt maritus habeat ius & facultatem vtendi fruendi rebus dotalibus. Ita hanc quæſtionem decidunt *Coraſ. lib.5. Miſcel. c.14. Cuiac. lib.10. Obſ.c.32. Guibert. de dotib.c.5.nu.4. & ſeqq. Duare.lib.1. diſput.c.17. Conna. lib.8. comm. iur.c.9. Hotoman. in diſputat. de dotibus. Vaudus lib. 2. quæſt. iur. cap.3. Zazius lib.2. ſing. intellect. c.5. Rober. lib.3. ſent. iur. c.18. & lib.3. animadv. c.9. Vulte. in diſceptat. ſcholaſt. c.19. & libr.1. Iuriſprud. c.20. nu.29. Borcholt ad princ. tit. Inſt. Quib. alie. lic. vel non.*

ASSERTIO XIII.

Pro restituenda vel conseruanda dote, maritus non est cogendus fideiussorem dare, datus tamen tenetur.

PROBATVR hæc sententia satis apertè *ex l.2. C. Ne fideiuss. dot. dent.* quæ dicit nullam fideiussionem exigendam esse à marito pro dote. loquitur ergo lex in eo casu, quo maritus inuitus cogitur ad dandum fideiussorem. Itaque à marito volente efficaciter datus fideiussor tenetur. Facit pro confirmatione huius sententiæ locus qui extat *apud Macrob. lib. 1. Saturnal. c. 6.* vbi ita scribit. Scipio princeps gentis Corneliæ, cum ab eo sponsalia poscerentur, asinum pecunia onustum produxit in forum, quasi præsentem fideiussorem dotis, vel pignus.

Obijcitur *l. 1. & 2. C. Ne fideiuss. dot. den.* Vbi dicitur, fideiussorem pro dote datum non teneri, ideo quod videatur ea fideiussio bonis moribus contraria, cùm causam perfidiæ in connubio generet. Resp. Inciuile est ad dandum fideiussorem maritum dotis nomine cogendum esse, quia cùm mulier sese vitamque suam fidei mariti commisit, multò magis bona sua eius fidei commisisse censetur. Sed si à marito volente datus sit fideiussor, efficaciter tenetur, quia tunc cessat omnis suspicio & causa perfidiæ. Primo, quia omni obligationi fideiussor accedere potest. *l. 1. ff. de fideiuss.* Secundò, quia pignus à marito pro dote vxori dari potest. *l. quod autem 7. §. si vxor. ff. de don. int. vi. & vx.* Ergo & fideiussor, quia fideiussio similis est pignoris dationi. *l. promissor 21. §. vlt. ff. de const. pec.*

Secundò obstat *l. si constante. §. quoties. ff. Sol. mat.* Vbi maritus tenetur vxori satisdare de restituenda dote. Resp. Ibi maritus soluto matrimonio, non constante, satisdat de restituenda dote, quo casu iure veteri non statim, sed annua bima, trima die, id est, tribus annuis pensionibus tenebatur dotem reddere, iure nouo intra annum res dotales mobiles, immobilia verò bona in dotem data statim post solutum matrimonium reddi debent. *l. vnic. §. exactio. C. de rei vx. act.* Si ergo soluto matrimonio à muliere, vel eius heredibus conueniatur maritus ad restitutionem dotis, tunc non sufficit nuda promissio, sed maritus tenetur datis fideiussoribus vel pignoribus, satisdare sua die dotem mulieri reddi.

Tertiò aduersatur *l. cùm dotis 55. ff. de iu. dot.* vbi videtur adseri, quòd à marito fideiussor pro dote restituenda possit exigi. Resp. Ibi non à marito dari

to dari petitur fideiussor pro dote restituenda, sed è contra ab vxore, quæ marito dotem promittit, fideiussor postulatur pro dote danda. Probant hanc assertionem *Hotom. in disput. de dotibus. Duare. ad tit. de Iu. dot. c. 4. Conna. lib. 8. comment. c. 9, nu. 8.*

Postremò hoc argumentum in contrarium adfertur. Pacta quæ contra leges & bonos mores fiunt, nullius sunt momenti *l. 6. C. de pact.* Sed pactum quo coniuges paciscuntur, vt à marito pro dote conseruanda fideiussor detur, est tale, quia fouetur & generatur causa perfidiæ in connubio, eò quòd plus vxor fidat extraneo fideiussori quàm marito. *l. 2. C. Ne fideius. dot. den.* Ergo conuentio de fideiussore dando, etiam vltro à marito facta non valet. Resp. Lex non prohibet, ne maritus etiam volens det fideiussorem, sed tantùm inhibet, ne inuitus dare cogatur. At verò quoties præceptum prohibitiuum respicit commodum eius, cui fit prohibitio, tunc consilium potius est, quàm præceptum. *l. filiusfam. §. Diui. de leg. 1.* Vnde præceptum illud, ne fideiussores det, quoad maritum non obligat, quia quilibet potest fauori suo renunciare. *l. si iudex 41. ff. de mino.* & volens non afficitur iniuria. *l. 1. § fin. ff. Quod fal. tut. auct. Trot. in addit. ad Bart. in l. si constante. §. quoties. ff. Sol. mat.* Dissentiunt *Fachin. lib. 8. contro. iur. c. 76. Godæ. de contr. stip. cap. 6. conclus. 23. nu. 360. & multis seqq.* qui volunt maritum, etiamsi vltrò & sponte fideiussorem dederit pro conseruanda vel restituenda dote, tamen ne eo quidem casu fideiussorem obligari. Cui sententiæ suffragatur *Cuiat. in paratit. C. Ne fideius. dot. dent.*

ASSERTIO XIV.

Pater tam diuiti, quàm pauperi filiæ, modò legitima sit, dotem constituere cogitur, non verò naturali tantùm.

PERTINET ad officium patris, liberis suis dotem vel donationem propter nuptias dare. *l. vlt. C. de dot. prom.* vbi dicitur, officium paternum esse liberos dotare. Quod ita accipiendum est, quod hoc magis necessitatis sit quàm arbitrij & voluntatis paternæ. *l. dotem ff. de coll. bono. l. qui liberos. ff. de rit. nupt.* vbi dicitur, quòd pater auctoritate magistratus potest compelli, vt filias nuptui collocet, & pro modo facultatum dotem illis constituat. Sicut in simili ad officium iudicis dicitur pertinere, quod ex præscripto muneris publici, & iuris auctoritate, necessario cogitur facere, puta testes infames à testimonij dictione repellere, lites superfluas diminuere. *l. quidam. ff. Si cer. pet. l. quæsitum. ff. de test. Guiber. de dotib. c. 3. nu. 13. & seqq.*

& seqq. Naturalem tamen filiam pater dotare non cogitur, *l.vxorem 41.§. pater naturalis.de leg.*1.

Obijcitur *l.si quis à liberis. §. 2. ff.de lib. agn.* vbi dicitur patrem non teneri filiæ locupleti alimenta præstare, ergo nec ad dotandam eam tenetur. Resp. Non procedit argumentum ab alimentis ad dotem, quia major est fauor dotium ob vtilitatem publicam: publicè enim interest fœminas esse dotatas, vt facilius maritos inuenire possint. *l.1.ff.Sol.ma.* Deinde legitima portiò, cuius vicem hodie dos obtinet, etiam ditissimis liberis debetur, alimenta verò non item. Cùm ergo patri non liceat filiam locupletem exheredare, quinimo tenetur ei debitam portionem legitimam relinquere. *§ aliud.No.*115. Ergo & in dote idem dicendum est, quippe cuius eadem ferè inspectio est, quæ legitimæ portionis, vtpote cùm dos in legitimam imputetur. *l.quoniam 29.C.de inoff.*

Secundò obijcitur, quòd naturales liberi à parentibus sunt alendi. *§. pen.No.*89. Ergo & dotari debent. Item jure Canon non solum debentur alimenta liberis naturalibus, sed etiam spurijs, adulterinis, incestuosis, atque ex nefario complexu procreatis. *c.*cum haberet. *de eo qui dux. in matr. quam poll.per adult.* Cuius elegantem reddit rationem *Ferrariensis, in practica sua*, quod inhumanum sit, vt anima à Deo creata, quæ non peccauerit, periret. Resp. Vt prius dictum est, non rectè ab alimentis ad dotem ducitur argumentum. Nam hæc in jure sæpè distinguuntur. Sic enim liberti alimenta liberis patroni præstare debent, *d.l.si quis à liberis. §. solent*, quos tamen dotare non compelluntur. Dissentiunt *ab hac sententia Bart. in l.mulier.§.cum proponeretur.ff.ad SC. Trebell. Duare.ad tit.Solut.matrim. cap.3. Alcia.ad l.1.nu.65.ff.Sol.matr. & nouissimè Fachin.lib.10.contro.iur.c.38.* qui negant patrem esse obligatum ad dotandam filiam diuitem.

ASSERTIO XV.

Filia quæ dote acceptura, nihil amplius se ex hæreditate patris accepturam promisit, ab intestato patri succedere non prohibetur, nisi pactum iuramento confirmauit.

TEXTVS est expressus *in c. 2.ex. de pact. in 6.* vbi additur ratio, quòd omne iuramentum, quod præstitum, non vergit in æternæ salutis dispendium, nec redundat in alterius damnum, est seruandum.

Potest

?otest namque hoc pactum jurejurando confirmari, quia non repugnat bonis moribus: sed ob id solum jure reprobatur, ne liberi modico præsente contenti, grandem plerunque successionem repudient. *arg. l. cùm hi. ff. de transact.* Quod ex eo patet, quòd hoc pactum post mortem parentum initum, validum est. *l. si quando. §. 1. C. de inoff. test.* Alia pacta, quæ contra bonos mores sunt, hoc est, contra æquitatem honestatémve naturalem, jurejurando non possunt confirmari. *c. non est obligatiorium. de R. I. in 6.* quia jusiurandum non debet esse vinculum iniquitatis. *c. quanto. ex. de iureiur. Auth. quod eis. C. de nupt.* Tale est pactum de succedendo, quod omninò contra bonos mores est, & plenum periculosissimi tristissimique euentus: nam inducit votum captandæ mortis, & viuentis mortem funesto & lugubri voto facit expectari. *l. ex eo. C. de inu. stip. l. vlt. C. de pact. l. donari. §. vlt. ff. de dona.* Ideoque hoc pactum jureiurando non corroboratur. *c. Quintauallis. ex. de iureiur.*

Obiicitur primò, quòd hac pactum iuratum, quo liberi paterna hereditate excluduntur, videtur esse contra bonos mores naturales: quia naturalis ratio, quasi tacita quædam lex, liberis hereditatem parentum addicit. *l. vlt. ff. de bo. damn.* Resp. Non tota hereditas parentum iure naturæ debetur liberis, sed legitima portio hereditatis tantùm, eoque sensu *d. l. vlt.* accipi potest. Vnde & si renunciatio successionis fiat pro minore quantitate, quàm est legitima, absolutionem à iuramento concedi posse affirmat *Peck. ad d. c.* non est obligatorium. Imò videtur quod hoc pactum quo filia de non succedendo patri paciscitur, iuramenro interueniente, valeat, etiamsi nullam accepit dotem, vel legitimam non est consecuta, quia ratio, qua in *d. c. 2. de pact.* comprobatur hoc pactum, est, quia hoc pactum absque interitu salutis æternæ seruari potest. Quæ etiam ratio obtinet, licet filia nullam omninò accepit dotem vel legitimam. Resp. Iuramentum non debet esse vinculum doli vel iniquitates. Sed hoc iusiurandum censetur dolo esse extortum, quando filia renuntiat successioni paternæ, cui nihil legitimæ portionis loco est relictum, & manifestè iniquum est, quia filiam priuat legitima iure naturæ sibi debita à parentibus.

Secundò obstat, quòd pacta siue iuramenta contra leges inita non valent. *l. non dubium. C. de leg.* Sed legibus hoc pactum prohibetur, quo filia dotata renunciat futuræ successioni. Ergo iuramento confirmari non potest. *l. pactum. C. de colla.* Resp. ex sententia *Dyni ad d. c. non est.* Aut prohibetur aliquod pactum legibus propter turpitudinem sui, & hoc pactum iuramento non confirmatur. Nam Christianus homo ita institutus esse debet, vt mortem potius oppetat, quàm impium vel inhonestum

quid promittat vel admittat. Et valere hic debet aurea & præclara illa Isidori sententia. In malis promissis resciude fidem, in turpi voto muta decretum. Quod incautè vouisti, ne facias. Impia est promissio, quæ scelere adimpletur. *c. in malis 22. q. 4.* Aut prohibetur aliquid in priuilegium & fauorem certæ alicuius personæ, tunc iuramentum interpositum ab eo, in cuius fauorem prohibitio facta est, est obligatorium, & confirmat rem de qua agitur. *Auth. sacramenta. C. Si adu. vendit.*

Tertiò aduersatur *l. 1. §. si parens. ff. Si à paren.* quis man. in qua lege filius certis rebus datis patri pactus est, ne pater extrema sua iudicia inquietaret, & dicitur ibi, hoc pactum de non succedendo valere, licet non sit iureiurando confirmatum. Resp. Ibi filius tantum dedit patri, quantum sufficit ad legitimam: itaque pater excluditur à successione filii, non propter pactum, sed quia tantum accepit, quantum sufficit ad legitimam. Lex enim statuit, vt citra vllam pactionem legitima relicta liberis vel parentibus excludat querelam inofficiosi. *l. si non mortis. 25. ff. de inoff. testa.* Filia tamen enormiter læsa, non obstante renunciatione iurata, potest ex capite enormis læsionis contrauenire renunciationi, petita prius absolutione à iuramento, *l. si superstite. C. de dolo. Maran. in spec. aur. disp. x. num. 42.* vt quia pater in bonis habebat decem millia aureorum, & filia acceptis in dotem ducentis, renunciauit hereditati paternæ. *Ferra. in for. libel.* ad pœnam ex compro. Ratio est, quia magna & enormis læsio inducit præsumtionem doli, & consequenter rescissioni renuntiationis locus est. *l. omnes. §. Lucius. ff. Quæ in frau. cred. Mins. cent. 5. Obs. 59. & 60.* vbi notat secundum hanc sententiam in Camera imperii pronuntiatum. Quod tamen fallit, nisi mulier sciens hæreditatis æstimationem, sponte & ex certa scientia renuntiauit, nam tunc non restituitur contra renunciationem, quia scienti & volenti non fit iniuria. *c. scienti. de reg. iu. in 6. Communis est DD. opinio, teste Viuio in com. opin. in loco. Mulier. Socyn. in fallent. reg. 194. fall. 4. & 6.*

ASSER-

ASSERTIO XVI.

Socer de dote conuentus, tantùm in id quod facere poteſt, tenetur.

QVÆSTIO magna eſt, de ſocero de dote conuento, an priuilegium ei tribuatur, vt quatenus facere poteſt, condemnetur? Eſt autem ſocer vel mariti, vel vxoris pater. *l.4.§.gradus.ff.de grad.& affin.* Et aduerſus vtrunque actio eſſe poteſt, aduerſus patrem mariti de dote repetenda, quæ filiofam. ſoluta eſt: aduerſus patrem vxoris, de dote, quam ipſe genero promiſit. De mariti patre conſtanter traditum eſt, eum in id quod facere poteſt, eſſe condemnandum. *l. rei iudicatæ 15.§. ſocero.ff.Sol. matr. l. ſicut autem 21.ff. de re iud.* Ratio eſt, quia parentibus id beneficium competit, ſocer autem parentis loco eſt. *l. quia 16.ff. Sol.mat.* De mariti ſocero, id eſt, vxoris patre, maior eſt controuerſia. Paulus enim *in l. ex diuerſo.ff. Sol. mat.* hoc beneficium ei competere ſcribit, *quod in l.21.ff.de re iud.* negat. Quas leges *in d.l.ex diuerſo*, Duarenus ſic conciliat, vt ex duabus vnam faciat, vt hic ſit ſenſus, Neratio & Proculo æquum viſum fuiſſe, ſocerum à marito conuentum, in id quod facere poteſt, condemnari; ſed vſu aliter receptum eſt, id eſt, non probari hanc æquitatem vulgò. Quæ conciliatio plus habet ſubtilitatis, quàm vtilitatis. Magis placet ſolutionem ex alio reſponſo Pauli petere, quod extat *in l.penul.ff.de iu. dot.* vbi ita hæc conciliantur, vt ſcilicet, ſi conſtante matrimonio maritus à ſocero dotem petat, ſocer tantùm in id quod facere poteſt, ſit condemnandus, ſoluto verò matrimonio in ſolidum, *l.ſed hoc ita 22.ff.de re iud.* Ratio eſt, quia affinitates eas tantùm accipere debemus, quæ durant, non quæ aliquando fuerunt. Vnde diremta affinitate, quæ cauſam dedit huic priuilegio, expirat quoque priuilegium. *l.3.ff.de poſtul.* Quod ita tamen demum verum eſt, niſi aliqua fraus in ſocero arguatur, vt ſcilicet, cùm ſciret ſe ſoluendo non eſſe, ampliorem dotem promiſerit genero, quàm præſtare poſſet, vt hac fraude eum ad matrimonium cum filia ſua contrahendum induceret, tunc enim ab hoc priuilegio arcebitur. *Coſtal.in d.l.pen.ff.de.Iur.dot.* vbi notat hac admiſſa diſtinctione multa ICtorum reſponſa ſimul iuncta conuenire. *Quod & Zazius lib.1.ſingul.intellect.probat & amplectitur.*

ASSERTIO XVII.

Necessarias impensas quilibet tam bonæ quàm malæ fidei possessor deducit. Vtiles bonæ fidei possessor deducit: Malæ verò fidei possessor easdem aufert, siquidem sine læsione status prioris rei auferre potest.

PROBATVR hæc decisio per *l. domum. C. de rei vend.* vbi *Gl. & D D.* omnes communiter ita statuunt. Et quidem de necessarijs impensis, quòd eas indistinctè malæ fidei possessor deducat, nulla dubitatio est. *d. l. domum.* quia sibi imputaretur, si non faceret. Nam si quid quod necessario faciundum erat, omittat, & damni hinc aliquid existat, tenetur illud malæ fidei possessor domino resarcire. *Bart. in l. in fundo. ff. de rei vend.*

De vtilibus impensis tantùm mouetur controuersia; sed verior est sententia, bonæ fidei possessorem eas omnimodò deducere, malæ autem fidei possessori vtiles impensas, quod sine structuræ detrimento fiat, tollere tantùm permitti, hoc est, malæ fidei possessor vtiles impensas quidem detrahit, sed non consequitur earum æstimationem. *Meno. de recup. posses. remed. 15. num. 513. & in arbitr. iud. quæst. lib. 2. cent. 3. quæst. 58. Eleganter Anto. Fab. lib. 2. coniect. Iur. c. 4.* vbi omnino solidissimis rationibus & argumentis hanc sententiam amplectitur, & tuetur.

Sed obijcitur *§. ex diuerso. Inst. de rer. diui. & l. adeò 7. §. ex. diverso. ff. de acq. re. dom.* vbi dicitur, quòd malæ fidei possessori nulla competat impensarum deductio. Hanc antinomiam communiter D D. tali distinctione temperant. Aut malæ fidei possessor fecit impensas in reficiendo, seu fulciendo, & tales impensas vtiles repetit. Aut de nouo ædificando vtiliter aliquid impendit, & tunc non deducit impensas: quia si de nouo ædificium extruxit, sciens aream esse alienam, nec causam habet à domino, tunc omne quod impendit, donasse videtur. *Cantiun. ad d. §. ex diverso. Alcia. ad l. impensæ. de ver. sign.*

Balduinus & Cuiatius in d. §. ex diuerso melius & verius sentire videntur, videlicet quòd stricto iure malæ fidei possessor repetitionem vtilium impensarum non habeat, cùm videatur donasse, eò quod temerè ædificavit in

in eo solo, quod intelligebat esse alienum: ex æquitate verò denegari auxilium non posse, siquidem impensæ quæ factæ sunt, sine læsione detrimento rei auferri possint: & sic intelligitur. *d. l. domum, & l. in fundo. ff. de rei vend.* Quam distinctionem probat *IC. in l. planè 38. ff. de her.*

Secundò obijcitur *l. in fundo. 39. ff. de rei vend.* vbi bonæ fidei possessori permittitur tantùm vtiles impensas tollere, non ergò plenè consequitur quod impensum est vtiliter; quia tollere tantùm potest id, quod sine læsione status prioris rei auferre potest, non verò consequitur vtilium sumptuum æstimationem Distinguendum. Aut dominus est diues, qui potest sine graui detrimento vtiles expensas reddere, & tunc reddet præstas expensas. *tex. in d. l. in fundo. vers. finge pauperem* sumto argumento à contrario sensu. Aut dominus est pauper, & tunc non cogitur vtiles impensas reddere, sed bonę fidei possessori permittitur, eas tantùm auferre, sine læsione rei tolli possunt. *Bart. in d. l. in fundo.*

Tertiò obijcitur *l. si seruus seruum 27. §. si oliuam. ff. ad l. Aquil.* vbi qui in alieno fundo segetem desecuit, vel maturas vuas collegit, non repetit impensas factas, cùm tamen sint vtiles impensæ. Resp. Ideò ibi non repetuntur sumptus, quia qui fecit sumptus, non possidebat fundum, ex quo percepit fructus, ideoque donare censetur impensas, quia sciens in alieno fecit. *Cuiac. lib. 10. Obs. c. 1. Sarmien. lib. 1. select. interpret. c. 10.*

Illud notandum est, quòd bonæ fidei ædificator, qui est in possessione ædificij, si conueniatur, habet exceptionem doli pro retentione impensarum. Si verò à possessione ciciderit, actionem nullam habet. *l. Iulus 14. ff. de excep. dol.* Ratio est, quia actio oritur ex obligatione: nullum autem negocium hoc casu inter dominum & ædificantem gestum est, nihil vltrò citroque contractum est, proinde nulla obligatione & actione dominus tenetur. *l. si in area 33. ff. de cond. inde.* Martinus autem vetus Glossator dat bonæ fidei possessori ex æquitate actionem, teste *Azone in sum. C. de rei vend. num. 26.* Quod probat & sequitur *Castren. in d. l. si in area*, vbi notat ædificanti bona fide in alieno solo, de rigore iuris non concedi actionem, sed ex æquitate competere actionem in factum, *ex l. si & me & Titium. ff. Si cer. pe.* & refert se ita consuluisse in causa cuiusdam Florentini. *Hiero. Franc. ad l. culpa 36. de R. I.* Quinimò si per errorem bonæ fidei possessor prædia restituit, non deductis sumtibus, datur ei condictio incerti, id est, condictio possessionis, cuius retentione tantus seruare poterit. *l. si vxor filio. ff. de don. int. vi. & vx. l. qui exceptionem § pars. ff. de cond. inde. l. heres 21. ff. ad S C. Trebel. Cuiac. lib. 10. Obs. c. 4. Ferra.*

in for. resp. rei conuen. Dissentit *Anto. Fab. in error. pragmat. decade 25. erro. 9. & 10.* vbi tradit nullam competere actionem ei qui in alieno ædificavit, ad repetendas impensas.

ASSERTIO XVIII.

Tutor filijs datus, nepotibus datus non censetur.

HÆc assertio expresse traditur *in l. 5. & 6. ff. de test. tut. & §. vlt. Inst. Qui testa. tuto.*

Obijcitur *l. liberorum 220. ff. de V. S.* vbi dicitur filiorum appellatione nepotes contineri. Resp. Hoc non ex significatione & proprietate verbi, sed ex mente & voluntate loquentis accipiendum est, scilicet cùm id sensit is, qui de filijs locutus est, nam ex verbi significatione & proprietate, aliter filij, alitur nepotes appellantur. *d. l. 6.* Deinde cum hac exceptione *ait Callistratus in d. l. 220.* filiorum appellatione ex mente parentis nepotes contineri, nisi voluntas testatoris aliter se habet. Quod autem tutore filijs dato, non contineantur nepotes, id etiam procedit ex voluntate & sententia testatoris, tum ne nimis onerentur tutores, qui fortè non possint sufficere omnibus pupillis tuendis, tum quia non expedit eundem tutorem dari filijs & nepotibus, quia fieri potest, vt omnium administrationi non sufficiat. Adde quòd nihil nocebit nepotibus, eundem tutorem ipsis non dari, quia poterit nepotibus, cessante testamentario tutore, per iudicem de tutore prouideri. *Donel. lib. 3. com. c. 4.*

Secundò obijcitur *l. si filius. C. Ad S C. Maced.* vbi dicitur, quòd licet S C. Macedonianum loquatur tantum de filijs, tamen etiam locum habet in nepotibus constitutis in potestate. Resp. In fauorabilibus, & quando manifesta vtilitas hoc suadet, nomen filiorum etiam ad nepotes & pronepotes extenditur; vt in S C. Macedoniano, quod fauore filiorumfam. introductum est, ne ex mutuo sine voluntate patris accepto teneantur. Item cùm filijs aliquid legatur, deficientibus filijs, etiam nepotibus debetur. *d. l. liberorum. Contius ad d. §. vlt.* Sic etiam si pater filios instituit heredes, præmortuis filijs, nepotes ex ijs relicti instituti quoque censentur. *l. Lucius 85. ff. de her. inst. Alcia. ad l. filij. 84. ff. de V. S.* Planè in hac quæstione, An filiorum appellatione contineantur nepotes, hæc etiam communiter adhibetur à D D. distinctio. Aut filij nominantur à Lege, & tunc sub ijs continentur quoque nepotes. *l. filium 14. ff. ad S C. Maced.* vbi S C. Macedoniam, quod vetat filijsfam. pecunias mutuas dare, etiam extenditur ad nepotes. Aut ab homine puta à testatore, vel contrahentibus

filij

filij appellantur, & tunc non continentur nepotes.*d.l.6.ff.de testa.tute.* Hanc distinctionem tradit *Alcia.ad d.l.filij.ff. de verb. sign.* vbi tamen eam certis in casibus limitat & restringit.

ASSERTIO XIX.

Suspectus tutor ob latam culpam remotus, non fit infamis.

CONFIRMATVR hæc thesis euidentibus & apertis verbis *in §. suspectus. Inst. de susp.tuto. l.3.§.vlt.ff.eo.l.vlt. C.eod.* vbi dicitur, quod tutor ab dolum remotus fiat infamis, non verò ob negligentiam.

Contrarium, quòd ob latam culpam remotus tutor fiat infamis, probatur *ex l.1.§.1.ff.Si men.fal.mo.l.quod Nerua.32. ff.depos. l.1.§.is quoque.ff.de obl. & act.* vbi dicitur quòd lata culpa dolus sit, & in doli crimen incidat, doloque planè comparetur. Igitur sicut ob dolum suspectus tutor fit infamis, sic quoque ob latam culpam. Resp. In pœnis pecuniarijs & ciuilibus, lata culpa pro dolo habetur, *l.2. §.non aliâs ff. Si quis test. lib. esse ius.* sed quando infligenda est pœna corporalis vel infamiæ, lata culpa doli nomine non continetur. *l.in lege.7.ff.Ad l.Corn.de sica.* fama enim & vita hominis æquiparantur. *l.iusta. ff. de manum. vind. l.isti quidem 8.ff.Quod met.cau.* vbi dicitur, quod infamiæ metus viris bonis maior esse debeat, quàm mortis.

Secundò aduersatur huic sententiæ, quòd tutor dicitur integra existimatione abire à tutela, si ob segnitiem à tutela remoueatur. *l.3. §.vlt.ff. de susp. tuto.* Ergo à contrario colligitur; quòd si ob latam negligentiam remoueatur, fiat infamis. Segnitiei enim & desidiæ appellatione absolutè posita, solent I Cti leuem culpam demonstrare. *l.contractus.de R.I.Baro ad d. §.suspectus.* Resp. Probabilis hic videtur Zazij & Mins. distinctio, quòd lata culpa alia sit versutiæ, alia ignauiæ. Culpa versutiæ est, cum quis ex versuto & malo animo res alienas affectata segnitie negligit, cùm in rebus suis curandis & custodiendis ptouidus sit & diligens. Exempla sunt *in d.l. quod Nerua. l. idemq; 10. §. generaliter. & l.si fideiussor 29.ff. Manda.* Hæc culpa vbique dolo comparatur, & pari iure cum dolo censetur. Culpa ignauiæ, est supina & nimia negligentia, vt si quis ignoret, quod omnes homines sciunt & intelligunt. *l. latæ culpæ 223. de V.S.* Hæc lata culpa ignauiæ dolo non comparatur, vt quæ plus habet stultitiæ & inscitiæ quàm malitiæ. *Mins. ad d. §. suspectus.* Dissenti *Corras. lib. 4. Miscell. c. 2. nu. 8. 9. & 10.* vbi decidit tutorem ab latam culpam remotum à tutela, tanquam suspectum, existima-

existimationis notam incurrere, & famæ iacturam facere. *Cui adstipulantur Donel, libr.18.comment.c.8.Duare.ad l.5.ff.de in lit.iur.*

ASSERTIO XX.

Testamenti factio Iuris Ciuilis potius est, quàm gentium.

TESTAMENTVM iure ciuili originem habuisse, & introductum esse tenet *Bart. in l.ex hoc iure.ff.de iust.& iu. Castren. in l.3.ff.de testa. & nouissimè Anton.Faber.in error. pragmat.dic.de 36.errore 2.* Idque probatur primò ex §. sed cùm paulatim. *Inst.de test.ord.* vbi dicitur ius testamentorum tripartitum esse, & referri partim ad ius ciuile, partim ad ius prætorium, partim ad constitutiones principum, neque fit vllius testamenti à iure gentium introducti mentio. Secundò probat hoc *l. verbis legis 228.de V.S.* vbi dicitur heredum instituendorum facultatem à legibus XII. tab.datam esse, ergo testamentum est iuris ciuilis, cùm heres nisi in testamento institui non possit. *§.ante heredis.Inst.de lega.* Tertiò probatur ex eo, quòd deportati non amittunt ea, quæ sunt juris gentium. *l.quidam.ff.de pœn.* sed nec testamentum facere, nec heredes institui, nec ex testamento capere deportati possunt. *l.1.C.de here.inst. l.eius qui 8.ff. Qui test.fa.pos.l.1.§.hi quibus.de leg.3.* Ergo testamentum non est iuris gentium. *l.2. C.de bo.proscrip.* vbi dicitur, quòd deportatus moriens non relinquit heredem. Quartò adducitur fortissimis *tex.in §. vlt. Inst. de vsu. & habit.* vbi testamentum ponitur inter modos acquirendi dominij iuris ciuilis.

Verum DD. communiter statuunt, quòd testamentum sit origine iuris gentium, forma autem iuris ciuilis. *Vigl.ad §.1.Inst. de test.ord. DD.in l.1.& l.interdum. ff. de cond.inde.* Adducunt pro hac opinione *c.25.& 27. Genes.* vbi vbi Abraham reliquit omnia sua bona Isaaco post mortem: filiis autem concubinarum largitus est munera, & sic Abraham testamentum fecisse videtur: item Isaac dedit hereditatem suam Jacobo, excluso Esau. Resp. quòd hi patres non forma testamenti, sed benedictione, & alio quouis modo bona sua reliquerunt liberis. Illa enim vltima voluntas non dicebatur testamentum, cùm testamentum sit à iure ciuili postea introductum. Quoties enim ius ciuile actui alicui nomen & formam tribuit, ille actus censetur iuris ciuilis, vt patet in stipulatione, quæ quia formam & nomen à iure cinili accepit, iuris ciuilis esse dicitur. *§. de constituta. Inst. de act.l.1.ff.Loca.* Sic testamento ius ciuile dedit formam & nomen. *§.1.& 2. Inst.*

Inst. de testa. ord. ergo à jure ciuili introductum est. Quod autem juris gentium non sit, probatur ex eo quoque, quod omnes gentes testamentorum vsum non obseruauerunt. Sic apud Germanos jus testandi in vsu non fuisse Tacitus scriptum reliquit. Sic enim scribit Tacitus de moribus Germanorum. Apud Germanos nullum olim fuit testamentum. Rudis enim tunc temporis hæc erat natio, & secreta literarum viri fœminæque pariter ignorabant: itaque successores apud ipsas erant sui cuique liberi.

Multum autem prodest inuestigare, vtrum iure ciuili, an gentium testamentum sit introductum: quia si statuimus esse iuris ciuilis, poterit statuto disponi, quòd nemo possit testamentum condere; prout in Ducatu Geldriæ vsu obtinet, in quo nulli de rebus immobilibus testamentum condere licet. Si verò dicimus iuris gentium esse, non poterit statuto tolli testamenti factio, quia iura ciuilia possunt tolli lege vel statuto, cùm iura gentium iure ciuili mutari & abrogari nequeant. *§. pen. Inst. de iu. natu.* Huc aptè refertur, quod notat *Vigl. ad §. vlt. Inst. de hered. instit.* quod Franci hoc iure hodie vtuntur, vt si quis non est origine Francus, quem ipsi Albinum, quasi alibi natum dicunt, is testandi facultate apud eos caret, præsertim in bonis, quæ illic in Francie possidet. *Pulchrè Tobias Nonius ad tit. Inst. de testa. ordin. Alcia. ad l. nihil 24. de V. S. Eleganter Sichard. ad l. si testamentum. 10. nu. 7. C. de testam.*

ASSERTIO XXI.

Filiusfam. ne de illis bonis aduentitijs quidem, quorum vsusfructus patri non quæritur, testari potest, contra VAVDVM.

PROBATVR hæc sententia *in l. pen. C. Qui testa. fa. pos.* Adhæc quòd filius de aduentitiis bonis testari nequeat, non ea causa prohibitionis est, quòd eorum vsusfructus ad patrem pertineat, sed quòd ius testandi tribuatur iure publico, & legibus XII. tab. Hæ autem leges ita cauent. Paterfam. vti super pecunia tutelâve sua legassit, ita ius esto. Hoc ius XII. tab. postea Impp. ita coarctaruut, vt filiofam. in bonis castrensibus & quasi, ius testandi concesserint: in reliquis ergo bonis manet ius vetus immutatum.

Obiicitur primò quod traditur *in l. filiusfam. 9. ff. De his qui sui iur. sunt*, quòd filiusfam. in publicis causis loco patrisfam. habeatur. Atqui testa-

menti factio est iuris publici. *l. 3. ff. testa.* Ergo filiusfam. etiam potest de bonis aduentitiis, quæ pleno iure ad eum pertinent, testamentum facere. Resp. Lex. XII. tab. expressè requirit, vt paterfam. sit, quid de sua pecunia testatur. Sic enim habent verba legis XII. tab. Paterfam. vti legassit super pecunia tutelâve sua, ita ius esto. Quod verò attinet ad legem contrariam, quod scilicet filiusfam. in publicis causis habeatur pro patrefam. hoc verum est, vt lex ipsa declarat in publicis muneribus & officiis, vt scilicet possit filiusfam. non minus ac paterfam. magistratum gerere, tutelam, ac reliqua publica munera subire.

Secundò grauissimè obstat *l. vlt. §. filiis autem familias. C. de bo. quæ libe.* vbi disertè statuitur, in iis tantùm bonis, in quibus patri quæritur vsusfructus, filiumfam. testari non posse. Ergo à contrario sensu, in aliis bonis aduentitiis, quæ in solidum ad filium pertinent, permittitur illi testamenti factio. Sed respondetur, hac restrictione excipi sola castrensia & quasi castrensia bona, quia eius constitutionis tempore vnicus tantùm casus bonorum aduentitiorum extabat, quo vsusfructus patri non acquirebatur, & in quo testamenti factio considerabilis erat, nimirum quando filius sine patris consensu hereditatem adiisset. Atqui *in d. l. penul. C. Qui test. fac. pos.* disertè expressum est, non licere hoc casu filiofam. testari: ait enim Justinia. siue sine patris consensu bona possideant, siue cum eius voluntate, non permittimus filiisfam. testamenta facere. Licèt autem plures species bonorum aduentitiorum postea repertæ sunt, quibus vsusfructus patri non quæritur, tamen in omnibus hisce speciebus vigore *d. l. penul. filiofam.* testandi licentia denegatur, quia *d. l penul.* vna est ex 50. constitutionibus, quæ emendat *d. l. vlt.* Per 50. enim constitutiones tanquam nouissimas Codicis leges, veteres constitutiones eidem Codici insertæ reformantur. Vnde ex constitutione *d. l. vlt.* malè colligunt DD. quod filiusfam. de bonis aduentitiis, quorum habet plenam proprietatem, testari possit, cùm per *d. l penult.* emendetur asserta *l. finalis.*

Nihil facit ad confirmationem contrariæ opinionis *§. 1. No. Vt lic. matri & auiæ*, vbi dicitur, filiofam. de eo cuius patri non quæritur vsusfructus, licere disponere: disponendi autem verbum videtur ad ius testamenti pertinere. Nam hoc dissoluit Græca lectio. Neque enim Imp. vsus est verbo διατίθεσθαι, sed διοικεῖν, quod significat administrationem inter viuos. Quapropter filius poterit aduentitia bona administrare inter viuos, & in contractibus, non autem de iis in vltima voluntate disponere, quod sequentia Nouellæ verba manifestè demonstrant. *Cuiac. ad No. 117. Vigl. ad §. I. Inst. Quib. non est perm. fa. test.*

Postremò obstat *l. Imperator 50. ff. ad SC. Treb.* vbi bona aduentitia, in quibus

quibus pater nullum habet vsumfructum, comparantur peculio castrensi. Atqui filiusfam. de peculio castrensi testamentum facere potest. Ergo, &c. Resp. Comparantur aduentitia bonis castrensibus, quamdiu viuit filius, ideoque mortuo filio in potestate, etiamsi de ijs testatus sit, redeunt ad patrem, quia ipso iure nullum est testamentum de bonis adventitijs, quæ pleno iure filiofam. acquiruntur. Scitè. *Cuiac. ad l. 6. ff. Qui test. fa. pos. & lib. obser. 27. c. 5. Fachin. lib. 5. contro. c. 94.* Hanc etiam opinionem approbat *Speculator pater practicorum in t.t. de instr. edit. 13. nu. 13.* vbi inquit, Filiusfam. non potest testari de rebus aduentiis sibi ita relictis, ne ad patrem perueniat vsusfructus, idque ob hanc rationem, quia testamentum est iuris publici. Dissentiunt *Vaudus lib. 1. quæst. iur. c. 1. Gothof. ad l. 3. §. 1. C. Qui test. fac. pos.*

Postremò notandum, quod cum Franci non habeant liberos in potestate, secundum *glos. in verb.* Romanorum. *Inst. de pat. pot.* quod propterea filiifam. Franci etiam testari poterunt de bonis aduentitiis: quia cum non viuant legibus Romanis & potestas patria propria sit ciuium Romanorum, vt dicitur *in §. ius autem. Inst. de pat. pot.* ideò poterunt testari, quod dicit *Baldus in vers. c. vnic. An marit. succed. vxo. in benef.* esse bene notandum, quia in Italia quæ est ipsorum sepulchrum, sæpè moriuntur. Ita tradit *Cattell. Cotta in memoral. in verb. Francigenæ.* vbi dicit etiam hoc extendi ad Venetos, quia non sunt legibus Romanis adstricti.

ASSERTIO XXII.

Contractus in testamento fieri non possunt contra communem DD. opinionem.

PROBAT hanc assertionem *l. heredes palàm. §. vlt. ff. de testa. l. cum antiquitas. C. eo.* vbi dicitur testamenta vnico contextu fieri debere, nullo actu extraneo interueniente. *fa. l. duos. reos. §. vlt. ff. de duo. reis.* Atqui contractus sunt actus planè alieni & diuersi à testamentio, & toto genere inter se distinguuntur. Nam testamenta vsque ad mortem possunt reuocari. Atqui à contractibus semel initis non licet alterutri contrahentium inuito altero recedere. *l. 4. ff. de adi. lega. l. sicut. C. de obl. & act.* Huc facit *l. verba 20. ff. de V. S.* vbi dicitur, verbum contrahere non pertinere ad ius testandi.

Contrarium tamen communi sententia DD. receptum est, quæ certè

opinio defendi poſſe non videtur; cùm nulla lege fulciatur. Adferunt DD. hæc argumenta. Primò quod adſignatio libertorum fieri poſſit teſtamento. *l. adſignare.ff.de aſsig.liber.* Sed reſpondeo, quod teſtator adſignando libertum, cum alio non contrahat, ſed tantum ſuam voluntatem ſine contractu declaret.

Secundò obiicitur, quod teſtamento pignus poſſit conſtitui. *l. non eſt mirum.ff. de pig. act.* Item quod teſtator iureiurando heredem adſtringere poſſit vt aliquid faciat. *l. cum pater 77.§.filius.de leg.2.* Reſp. Tum demum pignus rectè teſtamento conſtituitur, quando pro eo, quod in teſtamento relictum ſeu legatum eſt, conceditur: tunc enim ad id quod in teſtamento agitur, pertinet. *l. Lucius* XI.*ff.de ali.lega.* Quod vero de iuramento additur, nihil ad rem facit, quia iuramentum non eſt contractus, ſed declaratio voluntatis, inuocatione diuini nominis confirmata.

Tertiò obiicitur *l. etiam.ff.de inoff.teſt.* ex qua donarionem cauſa mortis teſtamento fieri poſte colligitur. Reſp. Ibi donatio cauſa mortis induit naturam fideicommiſſi. Nam olim donatio cauſa mortis traditione vel ſtipulatione demum, hodie etiam nuda conuentione perficitur. *l. ſi quis argentum.§.ſin autem.C.de dona.* Et ſic cùm donatio cauſa mortis olim non erat contractus, potuit & teſtamento fieri, præſertim cùm hæc donatio inſtar legati obtineat. *l. etſi 17.ff. de don.cau.mor.Vigl.ad §.ſed cum paulatim. Inſt. de teſt.ord.* Vel reſpondendum breuius & apertius, quòd donationes cauſa mortis non rectè inter contractus numerantur, quia Iuſtinianus eas planè legatis comparauit. *l.vlt.C.de mor.cau.dona.Hotom.ad d.l. heredes. §.vlt.* Hanc opinionem, quod contractus in teſtamento celebrari & expediri non poſſint, ſequitur & approbat quoque *Tobias Nonius doctiſsimus I C. ad princip. tit. Inſtit. de teſtam. ordin. num.56. & 57.* Diſſentiunt communiter *DD. Covarru. in rubr. de teſtam. nu.17. Boër deciſ.353. nu.4. Loriot. de apicib.iur.tit. de teſt. ordin. nu.25.*

ASSERTIO XXIII.

Filius emancipatus, ſicut & frater, maritus, miniſtri, rectè in teſtamento adhibentur teſtes.

FILII qui ſunt in poteſtate, item fratres qui in eiuſdem patris ſunt poteſtate, non poſſunt eſſe teſtes in teſtamento patris aut fratris. *§. in teſtibus. Inſt. de teſta.ord. l. qui teſtamento.ff. Qui teſt. fa. poſ.* Vnde colligitur à contrario ſenſu emancipatos filios poſſe eſſe teſtes in teſtamento patris,

patris, item fratrem fratri emancipato condenti testamentum, testem esse posse. Ratio diuersitatis est, quia liberi in potestate, item fratres in eiusdem patris potestate reprobantur testes, eò quòd propter vinculum patriæ potestatis vna persona censentur. Inducit siquidem patria potestas fictionem quandam vnitatis, propter quam repelluntur à testimonio, quia videntur pro se ipsis testimonium ferre. §. *ei verò. Inst. de inut. stip.* Sin verò filius est emancipatus, quia iam habetur pro extraneo, poterit in paterno testamento esse testis: cessat enim hæc vnitas personarum. Vnde & alij domestici testes, vt fratres emancipati, maritus, in testamento vxoris, & ministri, rectè hic adhibentur testes. *l. respiciendum. xi. ff. de pœn.* Ita notat *Castren. ad d. l. qui testamento. §. 1.* Approbant *Vigl. & Wesem. ad d. §. in testibus.* vbi contra *Bart. & DD.* hanc sententiam rectè defendunt.

Obijcitur *l. 2. C. de testib.* vbi dicitur, quòd domestici testimonij fides iure improbatur. Ergo domestici testes, vt sunt maritus, frater emancipatus, ministri non rectè adhibentur testes in testamento. Resp. Domesticus testis in testamentis intelligitur is, qui est in familia & potestate testatoris, non qui familiaris est testatori, vel cum eo habitat. Domesticum enim testimoninm in testamentis, non ex cohabitatione, sed ex coniunctione vnioneque quæ per patriam potestatem contingit, æstimatur. §. *pater. & ibi Theop. Inst. de test. ord.* Domum enim pro familia & potestate sæpè accipimus. Sic suos heredes domesticos esse ait *Imp. in §. sui autem. Inst. de her. qua. & diff.* qui sunt in familia & potestate testatoris. Hi itaque domestici, qui sunt in potestate testatoris, tantùm prohibentur esse testes in testamentis. Cæteri verò domestici testes, non prohibentur in testamentis, sed in iudicijs vel contractibus tantùm. Ratio diuersitatis est, quia tunc prohibentur domestici, quando per eorum testimonium aliquid acquiritur ei pro quo producuntur, & de eius lucro agitur. Sed in testimonijs testamentarijs non agitur de commodo eius pro quo testes producuntur, sed tantùm hoc spectatur, vt vltima defuncti voluntas exitum sortiatur, cui leges plurimum fauere solent. *l. vel negare. ff. Test. qu. ape.*

Secundò obijcitur *l. parentes. C. de testib.* vbi dicitur, parentes & liberos non posse sibi inuicem esse testes. Resp. Hoc intelligendum est, quando liberi volunt pro parentibus testificari, in eorum commodum, scilicet in actibus inter viuos, puta in contractibus, & delictis: quo casu repelluntur propter immodicam affectionem & beneuolentiam, qua non minus liberi sui, quam emancipati, parentes suos prosequuntur. In testamento autem patris, filij emancipati possunt esse testes, quia non testificantur in commodum patris, sed pro herede patris. *Castren. d. loco.*

Tertiò repugnant inter se *d. §. in testibus, & d. l. qui testamento. §. per contra-*

rium. Nam *in §.in testibus*, negatur in testamento filij de castrensi peculio testantis, patrem & fratrem esse testes, quod *in §.per contrarium*, euidenter affirmatur. Resp. *§. in testibus* intelligendus est, quando filius facit testamentum iure communi, id est, post missionem à militia. Tunc enim pater non potest esse testis, ideoque addit *Imp. in d.§. in testibus.* post missionem. Sin autem in expeditione & in castris filius testetur, quia tunc iure militari, & citra omnem solennitatem testatur, patris testimonium admittitur. Ita intelligendus est §. *per contrarium.*

ASSERTIO XXIV.

Ex imperfecto testamento nihil debetur, nisi adiecta sit clausula codicillaris.

EX scriptura imperfecta testamenti nihil omninò debetur, imò neque codicillorum quidem vim habet testamentum imperfectum. *l.ex ea 29.ff. Qui test. fa. pos. l. fideicommissa 11.§.1. de leg.3.* Idem traditur *in l.1.ff. de Iu. cod. l.si veritas 23. & l. ex testamento 29. C. de fideicom.* Fallit hæc conclusio, nisi adiecta sit clausula codicillaris testamento, hoc modo: Si non valet hæc dispositio tanquam testamentum, valeat instar codicillorum, vel cuiuscunque alterius vltimæ voluntatis. Hæc enim clausula operatur, vt relicta in testamento imperfecto, debeantur ab heredibus ab intestato. *l.3.ff. de mil.test. l. coheredi. §. cum filiæ. ff. de vulg. subst. l.vlt. C. de codic. d.l. ex ea. tex.* elegans *in l. Lucius 88. §. vlt. de leg.2.* Quando igitur clausula codicillaris adiecta est testamento, tunc non solùm legata, sed & institutiones heredum conseruantur. Itaque heredes proximi ab intestato non solùm legata præstabunt hoc casu, sed etiam iure fideicommissi hereditatem his restituere tenentur, qui sunt scripti in minus solenni testamento, deducta tamen quarta Trebellianica: *arg. l. postumus. §. vlt. ff. de iniuf. rup. irr. l. si quis priore 29. ff. ad S C. Treb. Accur. & Castren. ad d.l. ex ea.*

Obijcitur huic decisioni *l. iubemus. §. quod si non fuerit. C. de testa.* vbi Iustinianus statuit, si testator quorundam heredum nomina nuncupauit, & quorundam reticuit, tunc ex testamento imperfecto hi soli succedent, qui nuncupati sunt: *quæ l. pugnat cum l. si is qui 25. ff. Qui test. fa. pos.* Resp. Dissimilis est illa species à specie *in l.25.* proposita. Nam *in l.25.* testator cùm per nuncupationem testamentum facere vellet, non omnes heredes nuncupauit. At *in d.l. iubemus,* cùm testamentum faceret in scriptis, omnes quidem quos voluit instituit heredes, sed non omnium heredum nomina propria

propria manu ſubnotauit, vel viua voce nuncupauit; quod ibi Juſtinianus primùm introduxit. Itaque totum teſtamentum ibi non rumpitur, ſed tantùm qui nuncupati voce teſtatoris non ſunt, vel manu eius ſubnotati, ab hereditate repelluntur. *Cuiac. ad. d. l. ſi is qui.*

Secundò obijcitur *l. vlt. ff. de iu. cod.* vbi videntur ex teſtamento imperfecto legata deberi. Reſp. In illa l. teſtamentum nuncupatiuum fuit conditum, in quo nuncupatus eſt heres, ſed & codicilli præterea ſcripti ſunt, & in illis legata relicta. Separatim igitur teſtator fecit teſtamentum nuncupatiuum, & codicillos in ſcriptis: ex teſtamento defertur hereditas, ex codicillis legata debentur.

Tertiò opponitur *l. Titia 13. ff. de inoff. teſt.* vbi ex teſtamento inofficioſo, cui adiecta erat clauſula codicillaris, legata non debentur. Reſp. Ex teſtamento rupto per querelam inofficioſi, nec legata nec fideicommiſſa debentur. Idque ideò fit, quia cuius teſtamentum tanquam inofficioſum condemnatur, pro demente habetur, nec intelligitur habuiſſe teſtamenti factionem, *l. nec fideicommiſſa 36. de leg. 3.* Atqui qui teſtamenti factionem non habet, nec codicillos, nec fideicommiſſum relinquere poteſt. *l. 2. de leg. 1. Cuiac. ad d. l. ex ea. Bart. ad d. l. Titia.* Poſtremò notandum, quod teſtamentum agnatione poſtumi præteriti ruptum, non ſuſtineatur in vim fideicommiſſi per clauſulam codicillarem. Vnde poſtumus virtute huius clauſulæ non tenebitur ab inteſtato reſtituere hereditatem ſcriptis heredibus, retenta ſibi quarta Trebellianica, vel legitima. *arg. l. 1. C. de codic. l. ſi cum vel in vtero* 10. C. *de teſt. mil.* Ita poſt *Bart. tradunt Gail. 2. Obſ. 14. Fachin. lib. 4. contro. c. 12. qui notant Bartoli opinionem eſſe veritatem, & hodie magis communem.*

Sed opponitur *l. vlt. C. de codic.* vbi dicitur, quod per clauſulam codicillarem teſtator videtur velle, vt in teſtamento diſpoſita valeant ſaltem in vim̃ fideicommiſſi, ſi teſtamentum quocunque modo infirmetur. Itaque cum ob poſtumi præteritionem teſtamentum rumpatur, videtur poſtumus tanquam proximior, & heres ab inteſtato, quaſi ex codicillis rogatus per fideicommiſſum reſtituere hereditatem ſcriptis heredibus. Reſp. Clauſula codicillaris nihil operatur in ijs caſibus, in quibus defectus eſt voluntatis. Sed quando teſtator ignoranter præterijt poſtumum, non cenſetur tempore teſtamenti de eo cogitaſſe. Ideoque non cenſetur virtute clauſulæ codicillaris, filium de quo nihil cogitavit tempore teſtamenti, à ſua hereditate excludere voluiſſe. *arg. l. cum acutiſſimi. C. de fideicom. l. generaliter* C. *de inſt. & ſubſtit.* Generalis illa in certa & vaga cogitatio, quæ ex adiectione clauſulæ codicillaris colligitur, non extenditur ad ea quæ veriſimiliter teſtator non ſtatuiſſet, vel de quibus non cogitaverat.

Secundo

Secundo obijcitur *l.3.§.sed etsi post.l.conficiuntur 8.§.si post.l.ab intestatò 16. ff.de iur.cod.* vbi dicitur, quod postumus natus non rumpat codicillos, & fideicommissa præstare teneatur. Resp. Postumus non rumpit codicillos, quia in ijs hereditas nec directò datur, nec sibi ademta censetur. Neque enim dari aut adimi directo hereditas codicillis potest. *§.codicillis. Inst. de codic.* At hic agitur de testamento, in quo alij postumo præterito instituti sunt heredes. Hoc postumus cum rumpat, non cogitur illud obliquè exequi, vt scriptis in testamento heredibus per fideicommissum restituat hereditatem.

ASSERTIO XXV.

Nemo potest pro parte testatus, & pro parte intestatus decedere.

REGVLA hæc expressè traditur *in l.7.ff.de R.I.& in §.non autem.Inst.de hered.inst.* Hinc si quis in vna re, puta domo seu fundo heres institutus sit, omnium rerum heres futurus est, si plures sunt res hereditariæ. *l.1.§.si ex fundo. l.ex facto 35.ff.de here.inst.* ac si testator ex vna re certa heredem instituens, videatur in omnes instituisse, ne decedat pro parte testatus & pro parte intestatus. Idem dicendum, si ex vna parte assis heres quis instituatur: nam & ille totam hereditatem obtinebit iure accrescendi. *l.interdum 13.§.1.ff.de here.inst.*

Obijcitur *l.nam & si 15.§.vlt.& l.circa 24.ff.de inoff.test.* vbi dicitur, si filius mota inofficiosi querela contra vnum scriptum heredem obtinuit, & ab altero victus est, quòd testamentum pro parte valeat, & pro parte non valeat, & quòd testator pro parte testatus, & pro parte intestatus decedat. Resp. Hoc ex post facto accidit, vt testamentum pro parte per querelam inofficiosi rescindatur. Atqui præsens assertio ita accipienda est, quòd ab initio testator non possit legitimè testamentum condere, vt de aliqua parte bonorum testetur, de aliqua verò non.

Secundò obstat *l.quoties 9.§.si duo.ff.de her.inst.* vbi traditur, quòd valeat institutio heredis in rebus certis, quando testatoris voluntas manifestè suffragatur. Resp. Huic regulæ non est locus, quando testatoris voluntas manifestè est in contrarium, vtputa si testator scripsit Titium heredem in rebus certis, & adiecit se in reliquis bonis velle intestatum decedere, & prohibuit ne alia bona accrescant Titio heredi instituto. Tunc enim heredes ab intestato tenentur illas res, vel quotam hereditatis per fideicommissum

commissum heredi instituto restituere. Testator enim potest ius accrescendi prohibere. *l. dominus 57. §. vlt. ff. de vsufr.* Ita tradit *Bart. in d. §. si duo. per illum tex. Pulchrè Gomez. in var. resolut. cap. de Iu. accres. num. 10.*

Denique aduersatur, quod statuitur *in l. 2. C. de nat. lib.* quòd si pater habens filios legitimos, filium naturalem instituit ex asse, vel maiori parte hereditatis, quòd tantùm vnciam capiat ex bonis paternis, reliquum verò legitimis liberis, vel cæteris successoribus ab intestato debeatur. Resp. Hæc definitio non procedit, quando ex qualitate personæ hæredis non potest quis in solidum hæres institui: tunc enim defunctus potest pro parte testatus, & pro parte intestatus decedere. Verbi gratia, filius naturalis est capax successionis paternæ ab intestato in vncia tantùm, hic in ea parte institui potest, & in reliquis bonis decedit pater ab intestato. *Gomez. d. loco. num. 10.* Postremò notandum quod hæc assertio tantum in paganis procedat, at verò aliud obtinet in militibus, nam hi pro bonorum testatò, prò parte verò ab intestato decedere possunt. *§. hereditas. Inst. de hered. instit. l. ius nostrum 7. ff. de R. I. l. similes 6. & l. si duobus 37. ff. de test. milit.* Idque ideò receptum est, quia in testamentis militum sola voluntas spectatur, nullaque in ijs solennitas iuris desideratur. *Inst. de test. milit. in princ.*

ASSERTIO XXVI.

Præter XIV. *causas Nouella Iustiniani expressas, nullam aliam ob similem, aut grauiorem ingratitudinis causam, liberi exheredari possunt, contra communem DD. opinionem.*

HODIE certæ sunt causæ exheredationis ex iure Nouellarum: olim non erant certò definitæ, sed æstimabantur ex arbitrio Centumuirorum. Itaque falluntur, qui alias causas his similes, aut maiores excogitarunt, quibus licita sit exheredatio liberorum: quia *Imp. expressè in §. adhæc aliud, No. 115.* constituit, nullas alias ingratitudinis seu exheredationis causas, quàm quæ sua constitutione continentur, liberis opponi posse. Quòd si liceret hasce causas extendere, nihil opus fuisset enumeratione certarum causarum, & frustra diceret Imp. altercationem sublatam, si alias causas ingratitudinis liceret excogitare. Imò addit Imp. grauiores causas à veteribus I C. prætermissas, quas tamen omnes ipse perfectè

comprehendit. Vnde ſequitur, nullam extenſionem hîc admitti. *Vigl. ad §. vlt. Inſt. de exher. liber.*

Doctores, qui ob ſimiles aut grauiores cauſas liberos exheredari poſſe ſtatuunt, ponunt exemplum in eo, qui læſæ maieſtatis, aut perduellionis reus eſt, quaſi grauius peccet, qui patriam aut Principem prodiderit vel læſerit, quàm qui patrem offenderit; *l. minimè. ff. de relig.* Sed reſpondetur, quòd licitum eſt parentibus liberos exhæredare, non in vindictam criminis publici, ſed vt iniuria priuata, quæ præcipuè parenti irrogatur, hac exhæredatione coërceatur. Crimen autem læſæ maieſtatis, adulterij, falſi, & ſimilia, publica crimina ſunt, quibus communiter omnes homines offenduntur. Ideo quæ legibus publicis, & à quolibet è populo vindicantur, non ſunt priuata aut ciuilia, hoc eſt, talia delicta, quibus patria pietas præcipuè offenditur. *Connan. lib. 9. Com. c. 10.*

Secundò opponitur *l. non poſſunt ff. de legib.* vbi dicitur, quòd iudex in caſibus ſimilibus ijs qui in lege expreſſi ſunt, idem ius ſtatuere debet. Reſp. Hæc *Nouella 115.* introduxit has cauſas exheredationis in pœnam ingratitudinis, & ideò odioſa eſt. Ideoque nequaquam extendenda eſt ad alios caſus iu ea non expreſſos, præſertim cùm Iuſtinianus extenſionem prohibeat.

Tertiò opponitur *c. 1. §. porrò. Quæ fue. pri. cau. amit. benef. in Vſib. feud.* vbi habetur, quòd ex certis cauſis ibi enumeratis vaſallus poteſt feudo priuari. & ſubiungit textus, quòd ſi alias graues & inhoneſtas iniurias vaſalli domino intulerint, quòd feudum amittant. Reſp. No. 115. abſolutè & præciſè loquitur, & excludit omnes alias cauſas præter illas XIV. Cuius verba ſunt: *Vt præter illas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis cauſas apponere, niſi quæ in huius conſtitutionis ſerie continentur.* Diſſentit *Fachin. lib. 6. contro. c. 78.* Imò communis opinio DD. eſt in contrarium, quod ſcilicet liberi poſſint ob ſimiles aut graviores cauſas ingratitudinis à parentibus exheredari, à qua in practica non eſt recedendum. *Iul. Clarus in recept. Senten. §. teſtamentum. quæſt. 41. Nicolaus Everar. in locis Legalibus, in loco ab except. ad regulam. Menoch. celeberrimus practicus. de arbitrar. Iudic. lib. 2. cent. 3. caſu 267. nu. 6. SneideWinus ad Inſtit. tit. de exhered. liber. Gomez. tomo. 1. var. reſolut. c. 11. nu. 12. Cuiac. ad No. 18. de trien. & ſemiſ.*

ASSERTIO XXVII.

Prius testamentum perfectum, per posterius imperfectum non rumpitur.

CONFIRMATVR hæc aſſertio *in §. pen. Inſt. Qu. mo. teſt. infir.* Ratio eſt, quia eadem ſolennitate teſtamenta reuocantur, qua conficiuntur, *iuxta regulam l. nihil 36. ff. de R.I.*

Obijcitur *l.1. §. ſi heres. ff. Si tab. teſt. nul. exta.* Vbi dicitur, ſi teſtator aliqua ratione mutauit voluntatem, hoc eſt, prius teſtamentum ſolenne, & voluit inteſtatus decedere, tunc teſtamentum prius cenſetur reuocatum. Reſp. communiter DD. quòd tunc demum nuda & ſola voluntate reuocetur teſtamentum, quando teſtator adiecit ſe ideò mutaſſe prius teſtamentum, quo inteſtatus decederet. *Vigl. ad d. §. penul.* Sed rectius *Weſem.* mihi videtur ſentire *in d. §. penul.* quòd tunc demum voluntate teſtatoris mutetur teſtamentum, ſi teſtator aliquo facto mutationem declarauit, puta ſi ſigilla incidit, vel ſcripturam teſtamenti cancellauit & deleuit: quia maioris momenti ſunt facta quàm verba. Quod etiam *d. §. ſi heres,* ſatis apertè oſtendit, *& l.1. §. pen. ff. de bo. poſ. ſec. tab. l. vlt. in fi. ff. de his quæ in teſt. del. l. pen. C. de teſta. Fachin. lib. 4. contro. c. 8.*

Secundò opponitur *l.2. ff. de iniuſ. rup. irr. & l. hac conſultiſsima. §. vlt. C. de teſta.* vbi prius teſtamentum rite factum rumpitur per poſterius imperfectum. Reſp. Tum demum teſtamentum poſterius imperfectum rumpit prius perfectum, ſi in poſteriori teſtamento inſtituti ſunt heredes, qui ab inteſtato venire poſſunt. Quod adeò verum eſt, licet poſterius teſtamentum ideò imperfectum ſit, quia filius in eo præteritus eſt. Probat hoc apertè *l. ſi duobus. §. ſi prius. ff. de bo. poſ. con. tab.* vbi dicitur, quòd prius teſtamentum perfectum rumpitur per poſterius imperfectum, in quo filius præteritus eſt, ſi in eo ſcripti ſunt heredes venientes ab inteſtato. Statuitur ergo *in d. §. ſi prius,* quòd ſi in ſecundo teſtamento illi inſtituti ſunt, qui, ſi filius non extaret, venirent ab inteſtato, hoc teſtamentum eſſe validum, & rumpere primum. Ideoque filio præterito opus eſt bonorum poſſeſſione contra tabulas ad reſcindendum ſecundum teſtamentum, nam illa tantùm datur contra teſtamentum validum. Si vero heredes extranei ſcripti ſunt in ſecundo teſtamento imperfecto; hoc teſtamentum non rumpit primum, nec valet. Ideoque filius non habet bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quia prius teſtamentum, in quo inſtitutus vel exheredatus

fuit, remansit validum. Nec prædictis aduersatur *l. si filius 7. ff. de lib. & post.* vbi dicitur, quòd testamentum posterius, in quo filius est præteritus, non rumpat prius, in quo filius est institutus, vel exheredatus: quia ista *l. est accipienda*, quando in posteriori testamento non sunt instituti heredes venientes ab intestato, sed extranei: tunc enim prius testamentum valet, & firmum manet. *Vigl. ad d. §. penul. Cuiac. ad d. l. si filius.*

ASSERTIO XXVIII.

Testamentum, quo postumus præteritus viuo testatore decedit, valet.

TESTAMENTVM in quo postumus est præteritus, est ipso iure nullum. Si tamen postumus præteritus viuo patre decedat, datur heredi scripto bonorum possessio secundum tabulas ex eo testamento, legataque & fideicommissa conualescunt. Summo ergo iure hoc testamentum rumpitur, sed ex æquitate conualescit iure Prætorio. *l. postumus 12. ff. de iniust. rup. irr.* Et hic est vnus casus notandus, in quo adhuc hodie necessaria est bonorum possessio secundum tabulas, quando scilicet postumus præteritus viuo patre decessit. Hoc casu iure ciuili adiri non potest hereditas, quia testamentum postumi agnatione est ruptum. Danda ergo est necessariò heredi instituto bonorum possessio secundum tabulas, vt hereditatem ex testamento adire possit. *Castren. in d. l. postumus.*

Obijcitur *l. 2. C. de post. her. inst.* vbi dicitur, postumo præterito, quamuis natus ilicò decessit, testamentum ruptum non restitui. Resp. sub distinctione. Aut postumus præteritus natus viuo testatore decessit, & tunc testamentum ex æquitate conualescit. Ratio est, quia tunc præsumitur testatorem in eadem voluntate voluisse decedere, ex quo testamentum non mutauit. Aut postumus post mortem testatoris subitò decessit, & tunc testamentum non restituitur postumi morte. Ratio est, quia eo tempore, quo maxime valere debebat testamentum, scilicet tempore mortis testatoris, superstes fuit postumus. Ideoque eius præteritione omninò ruptum censetur. *Cuiac. ad l. 7. ff. de libe. & post. Vigl. ad §. 1. Inst. de exhe. lib. Bart. ad l. 2. C. de posth. hered. inst. Cuiatius I C torum corryphæus in notis ad Instit. tit. de exhered. Liber.*

ASSER-

ASSERTIO XXIX.

Ex causa exheredationis vel præteritionis rescissa institutione, cætera testamenti firma manent.

IURE veteri, testamentum in quo filius fam. præteritus est, in totum corruit, ita vt nec legata nec fideicommissa ex eo debeantur. *l. filio. 17. ff. de iniust. rup. irr.* Verùm quæritur ab interpretibus, anne hoc correctum it per *No. 115. §. siue igitur, & §. siue autem hæc omnia.* in quibus traditur, testamentum in quo filius præteritus, vel iniustè exheredatus est, quoad soam institutionem heredis infirmari, cætera verò salua manere. Et post *Azonem Alciatus & Cuiacius* existimant, totum testamentum in quo filius præteritus est à patre, etiam iure Nouellarum corruere.

Sed contraria sententia verior & probabilior est, quòd scilicet filio præterito, vel sine iusta ingratitudinis causa adscripta, exheredato, institutio quidem corruat, sed legata & reliqua in testamento disposita firma maneant. Id probat *apertè §. aliud. d. No. 115.* vbi Jmp. loquitur coniunctim am de exheredatione quàm præteritione, & generaliter statuit, quod non iceat parentibus præterire vel exheredare liberos, sine iusta ingratitudinis ausa adiecta. Neque admitti potest opinio Cuiacij, qui hoc totum puat ad præteritionem à matre factam accipiendum, *cùm tex. in d. §. aliud,* impliciter & generaliter loquatur de præteritione parentum. Confirnatur hæc sententia hoc inuicto argumento, quod *in No. 115.* statuitur on licere parentibus filios exheredare, nisi vna ex XIV. causis ingratiudinis à Justiniano enumeratis fuerit adiecta. Atqui exheredatio non itè facta est quædam præteritio. *§. eadem. Inst. de hered. ab intest.* Ergo idem n præteritione, quod in exheredatione non ritè facta locum habet. Sicut rgo testamentum patris, in quo filius non adscripta iusta causa ingratituinis exheredatus est, tantùm quoad institutionem corruit, legata autem ræstanda sunt. *d. §. siue igitur*; eodem modo filio præterito in testanento paterno, legata conseruanda sunt, quia exheredatio non ritè cta nihil aliud est, quàm præteritio. Adde quòd dicat *Imp. in §. hæc autem a. No. 115.* se prædicta statuisse, vt à liberis exheredationis & præterionis contumeliam auferret. Atqui maiorem iniuriam pater filio inigit, cùm falsis criminibus eum exhæredat, quàm si silentio eum prætreat, verbisque contumeliosis non lædat. Ita eleganter tradunt *Dol. ad Auth. ex causa. num. 7. & 8. C. de lib. præter.* Quam sententiam

Accur. Bart. & Castren. in d. l. filio, *quoque amplectuntur*. Opponitur, quod jus nouum *in No. 115.* introductum dicitur esse in fauorem filiorum, ne scilicet Liberi in facultatibus parentum aliquam circumscriptionem patiantur vt dicitur *in §. Cæterum. d. No. 115.* Sed hic nullus versatur fauor filiorum præteritorum, imò odium, quia tenentur ad legata in testamento imperfecto relicta, ad quæ alias non tenerentur. Resp. Fauor filiorum in hoc spectatur, quod in exheredatione vel præteritione filij debet inseri causa ingratitudinis. Sed fauor testatoris in eo consideratur, quod testamentum non rescindatur in totum, sed tantum quoad institutiones heredum, quoad Legata verò, fideicommissa, & alia capitula validum remanet testamentum.

ASSERTIO XXX.

Qui purè institutus, sub conditione iterum instituitur, purè institutus censetur: & qui sub diuersis conditionibus bis institutus est, vtra prior extiterit, heres erit.

DVÆ assertiones hac enunciatione continentur. Prima, est: Heres qui primùm purè, & deinde sub conditione iterum instituitur, purè institutus censetur. *tex. est in l. si te solum 27. ff. de here. inst.* Ratio est, quia semel data hereditas tacitè nunquam adimi censetur. *arg. l. ex parte. ff. de adi. lega.* Ideoque prior institutio pura per sequentem conditionalem institutionem, deficiente conditione non censetur reuocata. *Cuiac. ad d. l. si te solum.*

Obijcitur *l. non ad ea 89. ff. de cond. & dem.* vbi dicitur, si cui quid prius purè, deinde sub conditione legetur, quòd posterius legatum valeat. Ergo & posterior institutio debet valere. Resp. Aliud obtinet in legatis, quàm in institutionibus heredum. In legatis vltima voluntas seu dispositio præualet, in institutionibus plenior institutio heredis potior habetur. *Bart. ad d. l. 27.*

Secunda assertio. Qui bis sub diuersis conditionibus institutus est, vtra prior extiterit, heres erit. tex. est *in d. l. si te solum. & l. si plures. ff. de cond. inst.* In legatis verò nouissima conditio expectatur. *l. 51. 87. & 89. ff. de cond. & dem.*

ASSER-

ASSERTIO XXXI.

Heres ad certum tempus, vel ex certo tempore institui non potest.

REGVLA iuris est, quòd ad certum tempus, vel ex certo tempore hereditas dari non potest, sed vitio temporis sublato pura manet institutio. *l. hereditas 34. ff. de here. inst.* Ratio prioris est, quia qui semel heres factus est, non potest desinere esse heres. *l. ei qui 89. ff. de here. inst.* Ratio posterioris est, quia nemo potest pro parte testatus, & pro parte intestatus decedere. Quod fieret, si quis aliquo tempore heredem haberet, alio non haberet; pars enim etiam in tempore dicitur. Quando igitur dies adiectus est institutioni heredis, tempus adiectum pro superuacuo est; & ex tempore vel ad tempus institutus, perinde habetur, ac si purè institutus esset. *§. heres, Inst. de here. inst.*

Obijcitur *l. in tempus 62. ff. de her. inst.* vbi dicitur, rectè heredem institui in tempus, cùm quis capere poterit. Item *l. si mater 33. ff. de vulg. subst.* vbi mater rectè filium heredem instituit, cùm erit annorum XIV. Resp. Prædicta regula tantùm procedit in die expressim institutioni adiecta, nam ex die hereditas expressè non rectè datur, veluti post quinquennium quàm moriar, tacitè tamen rectè datur. *l. quoties 9. §. penul. ff. de here. inst. d. l. si mater.* Veluti cùm capere poteris, cùm adoleueris. *d. l. in tempus.* Et ita sæpè fit, vt quæ expressa non valent, tacita tamen valeant. *Cuiac. ad d. l. hereditas.*

Secundò obstat *l. potest 56. ff. de hered. inst.* Vbi respondetur, quòd valeat illa institutio: Ille, si intra annum septuagesimum decessero, heres mihi esto. Resp. Ibi non ad certum tempus, id est, intra annum septuagesimum instituitur heres, sed sub conditione, vt si ante annum septuagesimum moriatur, decedat testatus; si postea moriatur, intestatus decedat.

ASSER-

ASSERTIO XXXII.

Si testator instituit heredes hoc modo, Ex partibus quas adscripsero; nullis partibus adscriptis, æqualiter heredes erunt. Si verò dixit, Ex partibus quas adscripsi; nullis definitis partibus, nulla est institutio.

HEREDES ita instituti, ex partibus quas adscripsero, vel si partes eis adscripsero, si nullæ partes exprimantur, ex æquis partibus instituti censentur. Sed si ita sunt heredes instituti, ex qua parte Titius me heredem scripsit, vel ego eum heredem scripsi, ex tali parte eum instituo, deficiente ista conditione in præteritum collata, deficit quoque institutio. *tex.est in l. 2. & l.si quis ita 36.ff. de here.inst.* Ratio decidendi est, quia quando conditio ad præsens vel præteritum tempus refertur, quæ est falsa, statim vitiat institutionem. At vbi in futurum tempus confertur conditio, valet institutio, etiam deficiente conditione, si ea conditio dependet ex facto testatoris. Notat *Gl.in d.l.2.* in verbis, non putat, *per l.cùm in secundo, 16.ff.de iniust.rup.irr.fac.l.si testamentum. C.de instit.& substit.*

Obijcitur primò *l. Clemens 81.§.1.ff.de hered.inst.* vbi dicitur, si testator ita scripserit, Qua ex parte me à Titio heredem institutum recitassem, ex ea parte Sempronius mihi heres esto, nullo recitato testamento, inanem videri institutionem. Vbi etiam testator videtur heredem instituisse sub conditione collata in futurum, ex qua scilicet parte Titius ipsum testatorem instituet, & tamen inanis & frustranea est institutio. Resp. Ideò in ista lege inutilis est institutio, quia dependebat ex facto tertij, & proinde meram conditionem continebat, qua deficiente deficit quoque heredis institutio. At verò quando testator instituit aliquem ex partibus, quas ipse adscribet, valet institutio etiam nullis partibus adscriptis. *d. l. 2. & d.l.36.* Ratio est, quia hæc partium descriptio pendet ex facto & voluntate testatoris. Vnde nullis partibus adscriptis, videtur testator mutasse voluntatem, & sine parte voluisse eum esse heredem. *Accur.& Cuiac.ad d.l.81.*

Secundò obiicitur *l. qui plures 18.ff.de vsufr.lega.* Vbi qui legata reliquit ijs libertis, quos codicillis in posterum designasset, si nullos postea designauerit, legatum pro nihilo habetur. Resp. Ibi non est inutile legatum, ideò quia testator non perfecit quod promisit, sed quia sunt incertæ personæ legatariorum, quibus legata reliquit. *Cuiac.& Castren. ad d.l.2.*

ASSER-

ASSERTIO XXXIII.

Substitutio pupillaris facta puberi verbis directis, non valet, ne quidem in vim fideicommissi.

RATIO assertionis est, quia ius non patitur, vt pater filio faciat heredem in ea ætate, qua sibi ipsi facere potest. Valebit tamen hæc substitutio intra pubertatem, post pubertatem vitiabitur. *l. in pupillari. ff. de vulg.* Quærunt autem interpretes, An substitutio pupillaris facta vltra pubertatem proficiat in vim fideicommissi? Et verius est, ne quidem in vim fideicommissi valere. Quod disertè probatur *per l. 7. ff. de vulg. & pup. subst.* vbi dicitur, frustra fieri post pubertatem verbis directis pupillarem substitutionem. Neque enim frustra fieret, si quasi fideicommissum valeret.

Obiicitur *l. Centurio. ff. de vulg. & l. precibus. C. de imp. subst.* vbi substitutio puberi facta directis verbis à milite, in casum quo heres erit, & intra certum tempus morietur, valet iure fideicommissi. Resp. Militi hoc singulare priuilegium concessum est, vt substitutio pupillaris ab eo facta verbis directis, valeat vltra pubertatem in vim fideicommissi. Cùm enim miles habeat hoc priuilegium, vt possit etiam ex tempore & ad tempus facere heredem; *l. miles ita 41. ff. de mil. test.* potest etiam post pubertatem substituendo, bona sua in substitutum heredem transferre. Quod quia ex priuilegio competit militibus, sequitur, paganos, qui nullum habent tale priuilegium, vltra pubertatem frustra substituere.

Secundò obiicitur *l. Scæuola 76. ff. Ad SC. Trebel.* vbi substitutio directò in codicillis facta vim fideicommissi obtinet. Resp. Ideò ibi substitutio directa pro fideicommissaria accipitur, quia incongruo loco, scilicet in codicillis facta est, qui locus est obliquarum, non directarum institutionum. Præterea aliud est in substitutione directa quæ fit ei, cui fieri non potest, hæc enim pro fideicommissaria non accipitur. Tum demum enim substitutio directa in codicillis facta, in vim fideicommissi valet, si in testamento valere potest, vt si fuit pupillaris, vt Scæuola loquitur *in l. 76.* At si compendiosa fuit, quæ directis verbis pubertatem egreditur, hæc non potest flecti in fideicommissum in codicillis, quia nec in testamento valere potuit. Pulchrè *Vigli. ad §. penul. Inst. de pup. subst.* Hæc itaque sententia, quòd substitutio verbis directis facta puberi, non valeat in vim fideicommissi, ex veritate legum rectius defendi potest. Quæ

apertè quoque comprobatur *per §.vlt.Inst. de pup.subst. & l.si frater.C.de fideico.* vbi dicitur, substitutionẽ directam filio puberi fieri non posse, sed hoc solum esse receptum, vt testator filium heredem puberem roget, vt si intra certum tempus moriatur, hereditatem alteri restituat per fideicommissum. Hanc sententiam defendunt *Gouea. ad d.l. verbis. & Cuiac. lib. Obs.x1. c.25. & lib.12.c.27. Vigl & Wesem. ad §.vlt.Inst.de pup.subst. Connan. lib.vlt.com. c.vlt. num.9. Fachin. centur.4. contro. iur. cap.43.44. & 45. Duare.lib.2. Anniversi. disput. cap.7. Menoch. de præsumpt. lib.4. præsumt.52. & 55. Dissentit Duare.2. lib. anniversi. disput.c.7. & ad tit. de vulg. & pup.substit. c.28.*

ASSERTIO XXXIV.

Tam per expressam pupillarem substitutionem, quàm per tacitam pupillarem in vulgari contentam, mater excluditur à successione filij impuberis.

VVLGARIS substitutio facta filio impuberi, continet in se tacitam pupillarem, & vice versa expressa pupillaris continet tacitam vulgarem. *l.4.ff.de vulg.* Ratio est, vt in omnem euentum filij impuberes heredem testamento habeant. Idque & in reciproca substitutione obtinet, vt si pater duos filios impuberes sibi inuicem substituit, hos tam vulgariter quàm pupillariter videtur sibi mutuò substituisse, *d. l.4.* Huius decisionis, quòd vulgaris substitutio facta filio impuberi, includat pupillarem, & è contra, magnus est effectus. Nam sicut expressa pupillaris substitutio excludit matrem à successione filij impuberis, adeò vt nec de inofficioso filij testamento queri possit. *l.Papinianus §.sed nec.ff. de inoff.* ita & ex tacita pupillari, quæ in expressa vulgari substitutione continetur, mater excluditur. Quoties enim pater filio impuberi in alterum casum substituit, in vtrunque substituisse censetur.

Obijcitur *l. vlt. C. de inst. & subst.* Vbi cùm mater cum filio postumo erat instituta, aliusque postumo vulgariter substitutus, licèt in substitutione vulgari contineatur tacita pupillaris, tamen mater non excluditur per tacitam pupillarem. Resp. Ideò pupillaris substitutio, quæ alioqui in vulgari continetur, ibi locum non habet matre superstite, quia mater filio instituto data est cohæres. Quem enim sibi facit hæredem testator in testamento, videtur in legitima successione ab intestato præferre ei, quem vulgariter tantùm substituit.

Secundò obijcitur *l.precibus. C.de imp.subst.* vbi cùm pater filio impuberi vulgariter

vulgariter ſubſtituerat, & filius adita hereditate ante pubertatem decederet, non admittitur ſubſtitutus ex tacita pupillari, ſed mater. Reſp. Hoc ſpecialiter receptum eſt in teſtamento militis, à quo facta ſubſtitutio valet tantùm in caſum expreſſum, neque in eius teſtamento vulgari ſubſtitutioni expreſſæ tacita pupillaris ineſt. Ratio eſt, quia vt vna ſubſtitutionis ſpecies ſub altera comprehendatur, hoc magis accidit ex interpretatione iuris, quàm ex voluntate defuncti. Militum autem teſtamenta ex voluntate eorum metimur, & quod non cogitarunt, id non ſupplere debemus. *Vigl. ad tit. de pup. ſubſt. in princ. num. 17.* vbi hanc opinionem contra communem veriorem ſtatuit, quòd per tacitam pupillarem comprehenſam in vulgari excludatur mater. *Gouea. ad princ. tit. de vulg. & pup. ſubſt. num. 30. Connan. lib. 10. com. c. vlt. num. 13. Donel. ad l. precibus 8. nu. 5. C. de imp. ſubſt.* Diſſentit *Fachin. lib. 4. contro. c. 40. & 42.* vbi tradit, quod pupillaris ſubſtitutio tacita, quæ in expreſſa vulgari continetur, non habeat locum matre exiſtente in medio.

Tertiò non obſt. *l. Lucius 45. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* quia ibi ideò vulgaris ſubſtitutio in caſum pupillarem non valet, ad hoc vt excludatur mater, quia fit imparibus perſonis. Quoties enim pater reciprocè duobus filijs diſparis ætatis ſubſtituit, vt ſi vnus ſit pubes, alter impubes, tunc ea ſubſtitutio vulgarem tantùm continet, quæ in vtriuſque perſona locum habere poteſt, non pupillarem. *d. l. 4. §. ſed ſi alter.* Ideoque mater excludit ſubſtitutum, ſi pupillus patri heres extitit, & impubes mortuus ſit. Vide *Anto. Fabr. in erro. pragmat. decade 33. erro. 8.* Poſtremò ſciendum quod pupillaris ſubſtitutio excludit matrem à legitima, caſu pupillaris ſubſtitutionis exiſtente. *d. l. Papinianus. §. ſed nec. tex. expreſ. in c. 1. de teſtam. in 6.* Sed obijcitur, quod qui facit aliquid nomine alterius, non plus poteſt, quam is, cuius nomine facit. *l. minor 51. ff. de procur.* Sed pupillus ſeu filius non poteſt matrem per ſe præterire, aut privare legitima. Ergo nec pater poteſt matri auferre legitimam, qui facit teſtamentum pro filio. Reſp. licet pater faciat teſtamentum filio, non tamen facit nomine filij, ſed eſt ipſius patris teſtamentum. Ideoque non requiritur illa ſolennitas, quæ in perſona filij exigeretur *Bart. ad l. Papinianus. §. ſed nec. ff. de inoff.* Vide *Fachin. lib. 4. contro. c. 42.* Sic in ſimili caſu, ſi creditor vendat bona pupilli ſibi obligata, non requiritur illa ſolennitas, quæ requireretur ſi ipſe pupillus venderet. *l. 7. §. 1 ff. de reb. eor. qui ſub tute.* Non enim vendidit nomine pupilli ſed ſuo.

ASSERTIO XXXV.

Mater filiys pupillariter substituere non potest.

PATER tantùm liberis pupillariter substituere potest, non verò mater. *l.2. in princ. ff. de vulg. & pup. Inst. de pup. subst. in princ.* vbi dicitur, quòd liberis, quos in potestate quis habet, pupillariter substituere potest. Itaque cùm mater filium non habeat in potestate, filio pupillariter substituere non potest. Ille enim est præcipuus patriæ potestatis effectus, vt pater filio testamentum faciat in ea ætate, qua sibi ipsi testamentum facere nequit.

Sed grauiter aduersatur *l. si mater 33. ff. de vulg. subst.* vbi dicitur, quod si mater filium instituat, cùm erit annorum XIV. eique alium substituat in pupillaribus tabulis, quod valeat substitutio. Resp. Quod ibi dicitur, matrem in pupillaribus tabulis filio substituisse, hoc sic accipiendum est, quod pupillares tabulæ ibi eæ dicantur, in quibus mater separatim filio impuberi substituit vulgari modo. Quod ex eo apparet, quia textus dicit, Si sibi filius impubes heres non erit, quæ verba vulgarem substitutionem denotant & referunt. Mater igitur filio impuberi pupillariter substituere non potest, sed vulgariter rectè & vtiliter substituere potest.

Sed quæritur, an substitutio pupillaris facta à matre filio, valeat saltem iure fideicommissi? Et videtur prima facie dicendum, quod non. Nam si id quod agitur, non valet, vt agitur, nec etiam debet valere, vt valere potest, quia mater fecit actum quem facere non poterat, vt notatur *in l.1. §. si quis ita. ff. de V. O.* Verius tamen est contrarium, favore vltimæ voluntatis: & quia non debet imperitia mulieris, nescientis quid sit pupillaris aut vulgaris substitutio, officere veræ & reali intentioni ipsius; *arg. l. in codicillis. §. vlt. ff. de leg. 2. & l. quoniam indignum 15. C. de testa.* Accedit, quod iudex etiam debet vltimam voluntatem, ex potestate sibi à lege concessa, ita interpretari, vt non pereat sed valeat potius, & sustineatur vltima voluntas. *l. voluntatis 7. C. de fideico. l. vlt. ff. de manu. test. fac. in simili l. Scævola 76. ff. ad S C. Trebell.* vbi substitutio pupillaris facta impuberi filio in codicillis, vbi fieri non poterat, fideicommissi vim obtinet. *Mantica in glossar. iur. clas. 11. c. 21. & 34.*

ASSER-

ASSERTIO XXXVI.

Nemo eiusdem hereditatis partem adire, partem repudiare potest.

QVI solus heres institutus est, vel simpliciter, vel ex pluribus partibus separatim, hereditatem partim adire, partim repudiare non potest. *l. 1. & 2. ff. de acq. her.* & qui ita adijt, in totum heres non erit, nec etiam hereditate excludetur, quia in totum nihil egit. *l. ex semisse 75. ff. de acq. here.* Ratio est, quia nulla est aditio aut repudiatio hereditatis, si quis adeat aut repudiet hereditatem, secus quàm leges iubent. At leges iubent, hereditatem quatenus delata est, aut in totum adiri, aut in totum repudiari, ne testator pro parte testatus, pro parte intestatus decedat. *l. quidam elogio. C. de iu. delib. d. l. ex semisse.* vbi traditur, eum qui minorem partem hereditatis, quàm ex qua institutus est, per errorem adijt, non videri adijsse, ac in totum nihil egisse censeri.

Obijcitur *l. si ex asse. 10. ff. de acq. her.* vbi dicitur, quòd si heres ex asse scriptus pro parte adeat hereditatem, ex asse heredem fore. Resp. Ibi heres simpliciter adijt partem hereditatis, non expresso eo, quòd cæteras partes repudiaret. Qui ita simpliciter hereditatem adit, & partem voluisse adire censetur, & per consequentiam cæteras partes. Itaque ex asse & in solidum heres erit. *l. si solus 80. ff. de acq. her.* Diuersum est in eo, qui dicit se partem hereditatis adire, & partem repudiare, nam hic contra formam iuris adijt, ideoque nihil agit.

Ex *d. l. 1. & 2.* infertur insignis illa decisio, quòd filius qui à patre institutus est ex maiori parte, quàm sit legitima, non potest retenta legitima, repudiare hereditatem paternam. Ratio est, quia hereditas in totum adiri vel repudiari debet. Cùm autem iure nouissimo Authenticorum legitima relinqui debeat filijs titulo institutionis, *§. adhæc aliud. No. 115.* sequitur, si repudient institutionem, quòd etiam repudiant legitimam, quia hereditas scindi non potest, *Castren. ad d. l. 1.* Et hæc est communis DD. sententia, quod filius non potest retenta legitima portione repudiare hereditatem paternam, excepto vulgo vnico casu, quando videlicet filius habet substitutum heredem, & est grauatus multis legatis, tunc enim potest retinere legitimam iure naturæ sibi debitam, omissa reliqua hereditate paterna. *per l. si libertus patrono 41. ff. de bo. liber.* Ita decidit *Bart. in l. gerit. num. 22. & 23. ff. de acq. her.* Dissentire videtur in hac limitatione *Fachin. lib. 6. cont. c. 57.*

De hac quæſtione, an filius heres inſtitutus, legitimam accipere, & reliquam hereditatem repudiare poſſit, vide *Fachin. lib.4. contro. iur. cap.65.* vbi pro negativa parte concludit, & contraria argumenta diſſolvit.

ASSERTIO XXXVII.

Hereditas non poteſt acquiri per procuratorem.

AN per procuratorem acquiri poſſit hereditas, inter I C^tos^ diſputatur. *Duare. lib.2. Ann. diſput. c.27.* notat poſſe: quia iure prohibitum non ſit, *& in l. per procuratorem 90. ff. de acq. here.* curatorem legit. Cui adſtipulatur *Coſtal. ad l.1. ff. de off. proc. Cæſ.* & noviſſime *Fachin. lib.6. contro. c.96.*

Contrarium *Hotom. in illuſt. quæſt.32. & Cuiac. lib.1. Obſ. c.34.* ſtatuunt: quorum ſententia verior eſt. Probatur hæc aſſertio tali regula, quòd nominatim legibus cautum eſt, per procuratorem nihil nobis acquiri poſſe, excepta ſola poſſeſſione, & per hanc dominio. *l.1. C. Per qu. perſ. no. acqu. §. ex his. Inſt. eo.* Secundò hæc ſententia hoc euidenti argumento confirmatur, quòd ſingulari priuilegio conceſſum ſit Imperatori, quòd per procuratoris ſui aditionem poſſit acquirere hereditatem. Si ergo ex ſpeciali prærogatiua datum eſt hoc ius procuratori, ſiue rationali Cæſaris, ſequitur quòd in procuratore priuati diuerſum ius obtineat, nimirum quòd procuratores priuatorum, adeundo hereditatem ex mandato domini nihil agant. *l.1. §. vlt. ff. de offic. procur. Cæſa.* vbi dicitur, quòd proprium hoc habet procurator Cæſaris, quòd nomine Cæſaris hæreditatem acquirere poſſit. Tertiò addi poteſt & hæc ratio, quòd aditio hereditatis conſiſtat in ſola voluntate heredis. Ideoque ſtatim atque mandat heres procuratori vt adeat, eo ipſo adijſſe cenſetur. *arg. l. ſi ego 26. ff. de acq. her.* vbi pater pro parte heres inſtitutus, iubendo filium ſimul inſtitutum pro parte ſua adire, ſtatim fit heres ex aſſe, & quidem antequam filius adierit. Sic etiam ſi dominus mandet procuratori, vt adeat hereditatem, ſtatim ipſo mandato fiet heres, priuſquam procurator adeat.

Obijcitur, quòd bonorum poſſeſſio per procuratorem ad hoc ſpecialiter à domino conſtitutum acquiratur, ergo & hæreditas. *l. ſi maritus. 5. C. Manda. l.3. §. acquirere. ff. de bon. poſſ.* Reſp. Diuerſum ius obtinet in bonorum poſſeſſione, quàm in hereditate hoc in caſu. Cuius ea eſt ratio, quòd illa magis ad corporalem acquiſitionem poſſeſſionis accedat, quàm hereditas, quia Prætor heredem non facit. *§. quos autem. Inſt. de bon. poſ.* Ea vero quæ naturaliter acquiruntur, ſicuti eſt poſſeſſio, per procuratorem nobis

nobis acquiruntur. *l.1.C.Per qu.perſ.no.acqu.* At è contra, quæ ciuiliter acquiruntur, vti eſt hereditas, ſtipulatio, per procuratorem nobis non rectè acquiruntur. *l.ea quæ 53. ff. de acq.rer.dom.* Pulchrè *Contius lib.2. ſucciſiu. lect.c.17.* Cui adſtipulatur *Cuiatius d.lib.1. Obſer.c.34.* Poſtremo notandum quod licet hereditas adiri non poſſit per procuratorem, tamen reſtitutio hereditatis ex S C. Trebelliano fieri poteſt per procuratorem. *l. qui ita 66. §.1.ff. ad S C.Trebell.* Cuius rei redditur hæc ratio à D D. quod hæreditatis reſtitutio non eſt actus legitimus, ſicut hereditatis aditio. Qui actus legitimi per procuratorem expediri non poſſunt. *arg. l.nemo alieno 123.ff. de R.I.* Hi enim actus legitimi ſicut diem & conditionem non recipiunt. *l. actus legitimi 77. ff. de R.I.* ita neque circuitum atque dilationem admittunt, ac proinde nec per procuratorem hereditatis aditio fieri poteſt, quia in mandato adeundi hereditatem tacitè ineſt dilatio, ſi procurator declaraverit voluntatem ſuam, atqui hereditas ſub conditione adiri non poteſt. *l.eum qui 51. §. vlt.ff. de acq. her.* Ita eleganter tradit *Edualdus Caldera lib.2. Var lect. c.1.*

ASSERTIO XXXVIII.

Heres ſub conditione inſtitutus, pendente conditione non poteſt adire vel repudiare hereditatem.

HEREDITAS adiri vel repudiari non poteſt, niſi ſit delata. *l. delata 151.de V.S.l.1. §.decretalis. ff. de ſucceſ.edi.* Defertur autem hereditas ex teſtamento ſtatim à morte teſtatoris, ſi heres purè ſit inſtitutus: Sin autem ſub conditione ſcriptus ſit, non prius defertur, quàm conditio extiterit. Ergo ante euentum conditionis non poteſt hereditas adiri vel repudiari, quia pendente conditione nihil poteſt heres de hereditate ſtatuere. *l.is qui heres 13.ff.de acq.here.* Sic legatum conditionale pendente conditione agnoſci non poteſt, nec per conſequens repudiari, *l.ſi ita 45. §.1. de leg.2.*

Sed obſtat *l.1.ff. de cur. bo. dan.& l.in plurium 70.ff.de acq.here.* quæ manifeſtè exprimere videntur ante diem conditionis exiſtentem poſſe hereditatem repudiari, Itaque hac obiectione Accurſ. territus, & omnes eum ſecuti, fatentur ante conditionem exiſtentem poſſe repudiari hereditatem in iure & coram iudice, non extra ius. Verùm reſpondendum eſt, leges obiectas non hoc dicere, repudiari poſſe hereditatem ante exiſtentem conditionem; ſed hoc tantùm ſtatuere, quod ea teſtatio heredis, qua pendente

dente conditione dicit ſe nolle hereditatem adire, prodeſt creditoribus ad hoc, vt ſtatim ipſis, vel curatori bonorum poſſeſſio & adminiſtratio bonorum committatur: ne bona diſpereant, cùm aliâs niſi heres hoc conteſtaretur, dies à Prætore conſtitui ſolet heredi, intra quem niſi adeat, creditoribus permittitur poſſeſſio bonorum. *d.l.1.l.ſi quis 23.ff.de here.inſt.* Itaque non rectè inde colligitur, repudiatam eſſe hereditatem, quòd dixerit heres ſe non aditurum: ſed hoc agit ea teſtatio heredis tantùm, vt bona hereditaria tantiſper creditoribus, vel curatori bonorum committantur, ne pereant vel corrumpantur. Nam idem fieri iubetur, & cùm venter in poſſeſſione eſt, & pupillus heres ſcriptus tutorem non habet. *d.l.1.ff.de cura.bono.* Quo tamen caſu dici non poteſt, vel ventrem repudiaſſe hereditatem, vel pupillum.

Secundò obijcitur *l.1.C.de pact.* vbi fideicommiſſum conditionale pendente conditione rectè dicitur conuentione remitti, ergo & repudiari poteſt. Reſp. Plus eſt paciſci ſe non accepturum legatum ſeu fideicommiſſum, quàm illud repudiare: quia pactum duorum conſenſu firmatur; at renunciatio ſeu repudiatio hereditatis vel legati, vnius tantùm conſenſum habet. *Gl. & DD. in d.l.1.* Itaque paciſci quidem poſſumus de iure nondum delato, *l.pactum 46.ff.de pact. l. penult.C.eo.* ſed fruſtra ius nondum delatum repudiamus. Ideòque repudiatione iſta non obſtante, ſi poſtea illud nobis defertur, poſſumus petere, & conſequi. *l.ſi ita ſit ſcriptum. §.1. ff. de leg.2.*

Tertiò obijcitur *l.ſi ſub conditione, & l.ſeq.cum l.2. §.ſi ſub conditione.ff de bo.poſ. ſec.tab.* vbi dicitur, pendente conditione, poſſe heredem ſcriptum petere bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas. Reſp. Illa bonorum poſſeſſio eſt ſine re, id eſt, caret commodo bonorum, & eſt imaginaria tantùm, *l.filijs. C.de inoff. teſta.* At bonorum poſſeſſio cum re non poteſt peti ante exiſtentem conditionem. *d.l.2.§.ſi quis ita.* Bonorum autem poſſeſſio ſine re ideò datur heredi ſcripto ſub conditione, ante exiſtentem conditionem, ne alius fortè qui poteſt iure ciuili euincere hereditatem ab inteſtato, eam inuadat, præſertim ſi hæres ſcriptus ſinat tempora petendæ bonorum poſſeſſionis præterlabi. De hac bonorum poſſeſſione cum re & ſine re tractat. *Vlpia. in fragm.tit.24.26.& 28.* Concluditur ergo, quòd repudiari hereditas pendente conditione non poſſit, & talis repudiatio non impedit, quò minus poſtea purificata conditione acquiri poſſit hereditas ab eo qui repudiauit. *d.l. is qui heres. l.homine.ff.de opt.leg. Decius ad l.qui poteſt 143. de R.I.*

ASSER-

ASSERTIO XXXIX.

Heres qui ignorat conditionem, ſub qua inſtitutus eſt, extitiſſe, non poteſt adire hereditatem.

VT rectè heres adeat hereditatem, ſcire debet hereditatem ſibi delatam eſſe. Itaque ſi ignoret, vtrum purè an ſub conditione inſtitutus ſit, hereditatem adire non poteſt. *l. is qui heres 13. ff. de acq. her.* Præterea qui ignorat conditionem inſtitutioni inſertam extitiſſe, aut impletam eſſe, adire non poteſt. *l. heres 32. ff. de acq. her.* Itaque ſi fato quodam & fortè fortuna heres paruerit conditioni, ſub qua inſtitutus eſt, non poteſt adire hereditatem: debet enim certa ſcientia & deliberatione implere conditionem, hoc animo, quòd velit conditioni parendo heres effici. *l. 2. & l. multum 21. ff. de cond. & dem.*

Sed obijcitur *l. ſi quis extraneus 21. §. fi. ff. de acq. here.* vbi dicitur, heredem ignorantem conditionem extitiſſe, poſſe adire hereditatem. *Reſp.* Hoc non generaliter & indiſtinctè accipiendum eſt, ſed eo tantùm caſu, quando quis eſt ex parte purè, & ex parte ſub conditione inſtitutus. Nam illi adeunti partem, ex qua purè ſcriptus eſt, altera pars inuito accreſcit, ergò multò magis ignoranti. Itaque poterit hic adire hereditatem, licèt ignoret alterius partis conditionem extitiſſe. Ita *dictus §. finalis l. ſi quis extraneus*, qui ambiguam continet ſententiam, explicandus eſt, *ex l. ſi quis heres 35. in princ. ff. de acq. her.* vbi ille intellectus diſertè comprobatur. *Accur. & Donel. ad d. l. ſi quis. 21.*

Secundò aduerſatur *l. ſed & ſi de ſua 34. §. 1. ff. de acq. her.* vbi deciditur, quòd heres qui purè ſcriptus, ſub conditione ſe inſtitutum putat, & paruit conditioni, hereditatem acquirere poteſt. *Reſp.* Ideò ille error non obeſt heredi in acquirenda hereditate, quia error ſiue opinio heredis cum veritate concurrit. Nam reuera potuit adire, eò quòd purè erat ſcriptus, & potuit opinione ſua, quia impleta conditione perinde habetur, ac ſi pura eſſet inſtitutio. *l. ſi pupillus. ff. de cond. inſtit.*

ASSERTIO XL.

Qui metu coactus adit hereditatem, non fit heres.

QVI metu verberum, vel alio iusto timore coactus, hereditatem adijt, nihil agit. Ratio est, quia in aditione hereditatis requiritur libera & spontanea voluntas: ergo coactio hoc casu nihil operatur. *tex. est in l. 6. §. Celsus. ff. de adqu. hered.*

Obijcitur *l. si mulier 21. §. pen. ff. Quod me. cau. & l. si metus 86. ff. de acqu. here.* vbi dicitur, quòd qui metu coactus adijt hereditatem, ipso iure fiat heres, sed beneficio restitutionis in integrum ei succurratur. Resp. Quando quis simplicitet metu coactus adit hereditatem, ipso iure subsistit aditio, quia coacta voluntas etiam voluntas est, sed restitutio in integrum datur ex edicto, quod metus causa. *d. l. si mulier.* Aliud dicendum est in eo, qui metu coactus fallens adijt hereditatem, id est, aliud agens, aliud simulans: hic ipso iure ciuili non fit heres. Vnde beneficio quoque Prætoris, id est, restitutione in integrum non eget. Fallens ergo dicitur adire, qui seorsim coram amicis protestatus est, voluntatem suam omninò contrariam esse aditioni, licèt simulauerit metu se velle adire. Protestatio enim declarat animum protestantis, in ijs quæ pendent à mera alicuius voluntate. *l. Nesennius 34. ff. de neg. gest. Bart. in d. §. Celsus. num. 1. & 2.* Hic itaque, qui fallens siue per simulationem coactus adijt hereditatem, ipso iure heres non erit, quia abest ei animus acquirendæ hereditatis, atque ideò in integrum restitutio ei non est necessaria. *Pet. Fab. ad l. 4. de R. I.*

Secundò aduersatur *l. si patre 22. ff. de rit. nupt.* vbi dicitur, quòd si filius cogente patre ducit vxorem, quam non duxisset, si fuisset sui arbitrij, quòd hoc matrimonium consistat. Itaque etiam ea quæ à libera & integra voluntate proficisci debent, vti est hereditatis aditio, matrimonij contrahendi facultas, valent, si per coactionem & metum gerantur. Resp. sub distinctione. Aut filius propter reuerentiam paternam consensit nuptijs puellæ à parte suo nomine contractis, quam aliàs si sui iuris fuisset, non esset ducturus, hoc matrimonium propter reuerentialem metum non rescinditur. Ita intelligenda est *d. l. si patre 22.* Aut interuenit iustus metus facti, vt si pater filium minis, carcere, aut verberibus coëgit ad ducendam vxorem, & tunc non valet huiusmodi matrimonium, sed tanquam metu contractum rescindendum est. *d. l. si mulier. §. si dos. c. cùm locum. ex. de sponsal. Sneidew. ad tit. de nupt. par. 2. num. 28. Duare. ad tit. de nupt. c. 2.*

ASSER-

ASSERTIO XLI.

Iussus patris in adeunda hereditate præcedere debet, sed authoritas tutoris interponitur perfecto negotio.

IN hoc differt interpoſitio auctoritatis tutoris in negotijs pupilli, à iuſſu patris in adeunda hereditate, quòd tutoris auctoritas interponitur perfecto negotio, iuſſus autem patris in adeunda hereditate præcedere debet. Item iuſſus patris poteſt fieri per epiſtolam vel nuntium, auctoritatis interpoſitio non item. *l. ſi quis mihi 25. §. iuſſum. ff. de adqu. hered.*

Sed videtur obſtare *l. obligari 9. §. pen. ff. de auct. tut. & §. pen. Inſt. eo.* vbi dicitur, auctoritatem tutoris ſtatim in ipſo negotio, non autem poſt tempus interponi debere. Sed ſi interponitur perfecto negotio, vt traditur *in d. §. iuſſum,* poſt tempus interponitur, & poſt ipſum perfectum negotium. Reſp. Quod dicitur auctoritatem tutoris interponi perfecto negotio, id intelligitur incontinenti poſt perfectum negotium. Ratio eſt, quia quod parum diſtat, nihil diſtare videtur, & quæ incontinenti fiunt, actui ineſſe cenſentur. *l. lecta. 40. & ibi DD. ff. de reb. cred.* Poſt tempus verò, id eſt, poſt aliquod interuallum, & poſtquam diſceſſum fuit ad alia negotia, non rectè interponitur tutoris auctoritas. Hanc interpretationem comprobat *l. nunquam 31. ff. de vſuca.* vbi dicitur, tutorem non rectè interponere auctoritatem in contractibus pupilli poſt longum tempus venditionis peractum. Approbat *Bart. in d. §. iuſſum. num. 3.*

Secundò opponitur *l. ſi per epiſtolam 50. ff. de acq. here.* vbi dicitur, quòd tutor ſeruo pupilli per epiſtolam iubere poteſt, vt adeat hereditatem, quæ tamen aditio tum demum rata erit, ſi prius ſeruus adeat, quàm tutor moriatur. Quod pugnat cum *d. l. obligari. §. pen. ff. de auct. tuto.* vbi dicitur, quòd tutor per epiſtolam auctoritatem interponere non poteſt, ſed præſens negotio adeſſe debet. Reſp. *cum Accurſ. in d. l. 50.* quòd hoc procedat, quando tutor auctoritatem præbet pupillo in contractibus, tunc enim neceſſariò debet interponi auctoritas à tutore præſente in ipſo negotio ſeu contractu, vt præſens ſciat quid agatur. Aliud obtinet in quaſi contractibus, vt in aditione hereditatis, vbi tutor per epiſtolam iubere poteſt ſeruo pupilli, vt hereditatem adeat. Nam ante aditionem tutor certus eſſe poteſt de viribus & conditione hereditatis.

Tertiò aduerſatur, quòd conſenſus qui ad confirmationem actus requiritur, ex interuallo per ratihabitionem interponi poteſt. *l. vlt. C. Ad S C. Maced. c. ratihabitionem. de R. I. in 6.* Ergo & tutoris auctoritas ex interuallo

uallo in contractu pupilli adhiberi poteſt. Reſp. Autoritas tutoris pro ſolennitate actus adhibetur, & ad integrandam pupilli perſonam requiritur, *l.quæcunque.* §.*vlt.ff. de Publ. act.l.*3. *C.de in int. reſt.* Igitur auctoritas tutoris tanquam pars ſolennitatis ab ipſo actu diuidi non poteſt, quia ſolennia ab ipſo actu ſeparari non poſſunt. *l. cùm antiquitas. C.de teſta.l.heredes palàm.*§.*fin.ff.eod. l.*1. §.1. *l.continuus* 137. *ff.de V.O.* Conſenſus autem non ad integrandam perſonam contrahentis, ſed ad confirmationem actus requiritur, ideoque etiam ex interuallo rem geſtam ſequi poteſt. *l. ſemper* 60. *de R.I.* Sicut & auctoritas ipſa, quando ad commodum eius qui confirmat, tantùm requiritur, ex interuallo interponi poteſt. *l.*1.§.*ſed ſi filius. de leg.*3.

ASSERTIO XLII.

Quamdiu poteſt ex teſtamento adiri hereditas, ab inteſtato non defertur.

TRADITVR hæc generalis regula *in l. quamdiu* 39. *ff. de adqu. here.* & *l.quamdiu* 89.*de R.I.* quòd ſcilicet quamdiu adiri ex teſtamento poteſt hereditas, ſucceſſioni ab inteſtato non eſt locus. Ratio eſt, quia potior eſt cauſa hereditatis, quæ defertur ex voluntate teſtatoris, quàm quæ defertur ex diſpoſitione legis, quia lex etiam nominatim ita ſe deferre hereditates ſignificat, ſi teſtatus non fuerit. Et vulgò dicitur, quòd prouiſio hominis tollit prouiſionem legis, vltimaque voluntas teſtatoris pro lege ſeruanda eſt. §.*diſponat.No.*22. *de nupt.*

Obijcitur *l.ſi quis ita* 82.*ff. de here. inſt.* vbi præfertur ſucceſſio ab inteſtato ſucceſſioni ex teſtamento. Reſp. Ibi teſtator id expreſsè voluit, quia inſtituit heredes ſub ea conditione, ſi legitimi heredes hereditatem vendicare nolint, tunc priore loco legitimi hereditatem vendicabunt. Cùm enim lex ſtatuerit in gratiam teſtatoris, potiorem eſſe eius voluntatem diſpoſitione legis, poterit huic fauori teſtator renuntiare.

Secundò obſtat huic regulæ, alia regula, qua dicitur, Quamdiu poteſt peti contra tabulas bonorum poſſeſſio, non debet dari ſecundum tabulas. *l.æquiſsimum. ff. de bo. poſ. ſec. tab.* At per bonorum poſſeſſionem contra tabulas defunctus fit inteſtatus, per ſecundum tabulas teſtatus. *l.vt liberis.C. de colla.* Ergo hoc caſu prior eſt cauſa inteſtati, quam teſtati. Ad euitandam hanc obiectionem ſic accipe verba regulæ, ex teſtamento ſcilicet iuſto & efficaci, tam iure ciuili, quàm prætorio, quia ſi iure prætorio eſt iniuſtum, veluti ſi in eo filius emancipatus eſt præteritus, perinde eſt, quod ad illud ius attinet, ac ſi omninò inteſtatus deceſſiſſet.

ASSER-

ASSERTIO XLIII.

Tutor etiam qui non gerit tutelam, pupillo hæreditatem adeunti, auctor esse potest.

PVPILLVS heres institutus, si plures habet tutores, quorum quidam tutelam gerunt, quidam non, eo etiam auctore, qui tutelam non gerit, rectè hereditatem adire potest. *l. pupillum 49. ff. de acq. here.*

Contraria est *l. 4. ff. de auct. tuto.* vbi dicitur, quòd si tutor qui tutelam non gerit, auctoritatem præbeat in contractibus pupilli, ratum id haberi non debet. Respondendum sub distinctione tradita ab Azone *in d. l. pupillum.* Aut tutor voluntate sua non gerit tutelam, vtputa si tutor contutori suo administrationem totam vltrò cessit & commisit, & cum hujus honorarij tutoris auctoritate, qui nihil gerit, pupillus nihilominus hereditatem adire potest. *arg. l. quòd si fortè 14. §. 1. ff. de solut.* Aut tutor inuitus ab administratione tutelæ à patre vel Prætore remotus est, & tunc si eo tutore pupillus hereditatem adeat, ratum non habetur. *l. 3. §. si parens ff. de adm. tuto.* Aliam solutionem vide apud *Cuiat. tracta. 4. ad Africa. ad d. l. pupillum 49. ff. de acq. her.*

ASSERTIO XLIV.

Cuius pater est furiosus, is sine iussu eius hereditatem adire potest.

TRADITVR *in l. cùm heres 52. ff. de adqu. her.* quòd filius patris furiosi potest adire hereditatem sine eius jussu. Ratio est, quia frustra expectatur patris iussus in adeunda hereditate, cuius consensus nihil operatur, cùm jubere non possit.

Quæritur autem, an hæc hereditas, quam filius adiit per se, acquiratur patri furioso, an verò filio adeunti? Et dicendum est filio adquiri. Idque ostendunt verba hæc *in d. l. cùm heres.* Primò quòd dicit, quòd perinde habendum est, ac si paterfam. adiisset. Sed si paterfam. adiisset, sibi acquireret. Secundò quod dicitur, ei permitti seruos hereditarios manumittere; dominus est seruorum, si manumittit.

Opponitur *l. furiosus 63. ff. de adq. here.* vbi scriptum est, furiosum posse adquirere hereditatem, per seruum, vel eum quem habet in potestate, intellige

tellige filium. Resp. *Bart. ad d.l. furiosus*, quòd pater furiosus tunc acquirit hereditatem, quando filius iussu & auctoritate Curatoris adiit. Si verò filius sua sponte adiit, sine iussu Curatoris, sibi acquirit, non patri. *l. vlt. C. de cura. furio.*

ASSERTIO XLV.

Heres implendo conditionem potestatiuam, sub qua institutus est, hereditatem statim adire censetur.

PROBAT & confirmat hanc thesin *l. iam dubitari* 86. §. 1. *ff. de here. inst.* Sed huic sententiæ obiicitur *l. 1. §. 1. ff. de cond. cau. da. cau. non secu. l. si pupillus. & l. ei qui ita. ff. de cond. inst.* vbi dicitur, quòd qui implet conditionem, non censetur adire hereditatem. Hoc enim tantùm facit implementum conditionis, vt institutio pro pura habeatur, quæ prius erat conditionalis. Itaque is qui implet conditionem, hoc ipso non efficitur heres, nisi postea se gerat pro herede. *d.l. ei qui ita.* Resp. cum *Accurs. & Bart. in d.l. 86. §. 1.* sub distinctione. Aut heres implet conditionem eo animo, vt sit heres, vtputa, si dicat se ea mente parére conditioni, quòd velit esse heres, & tunc implendo conditionem statim fit heres. Aut eo animo implet conditionem, vt puram tantùm reddat institutionem, ac deinde de adeunda hereditate deliberet & decernat, & tunc impleta conditione, liberum ei est vel adire, vel repudiare hereditatem. *l. Antistius* 82. *ff. de acq. hered.*

ASSERTIO XLVI.

Cuius rei legatario non est commercium, ei inutiliter ea res legatur.

LEGARI res non possunt, quæ sunt extra commercium hominum, hoc est, quarum possessionem vel dominium nemo acquirere potest. *Vlp. in fragm. tit. de domin.* In hoc autem articulo ita distinguendum. Aut heres, vel is à quo relinquitur legatum, non habet rei commercium, sed legatarius habet, & tunc valet nihilominus legatum, *l. mortuo* 49. §. *Labeo. de leg. 2.* Aut legatario non est rei commercium, & tunc nullius

nullius momenti est legatum, adeò vt ne quidem æstimatio debeatur. *l. l. cùm seruus 39. §. vlt. de lega. 1.* Exempli gratia. Christiani serui est commercium, Judæus tamen eius commercium non habet Ergo legatario si sit Judæus, inutiliter talis seruus legatur. *l. vnic. C. Ne Christ. manc. Iudæ. hab.*

Obijcitur *l. sed si res 41. de leg. 1.* vbi dicitur, quòd si res, cuius commercium non habet legatarius, ab eo per fideicommissum relinquatur ei, cui jus non est possidendi, æstimationem deberi. Sed ea lex emendanda est, & posterior negatio dispungenda, vt hic sit sensus: Si legetur alicui res, cuius commercium non habet, & rogetur restituere ei, qui eius commercium habet, valere fideicommissum. *ex l. multum 34. de ver. obl.* vbi dicitur, quando is cui acquiri debet, capax est relicti, valere legatum, licet promissor seu debitor non sit capax: aliàs nisi ita prædicta lex legatur, impossibilis erit eius conciliatio. *Ita notat Cuiac. ad d. l. multum.*

Secundò opponitur *l. filiusfam. 114. §. si quid alicui. de leg. 1.* vbi dicitur, si alicui res legetur, quam capere non potest, tamen debetur æstimatio. Resp. sub distinctione. Aut legatarius est incapax legati propter delictum suum, vtputa si tutor pupillam suam duxit in vxorem, & hic nihil ex testamento eius capere potest. *l. vlt. de leg. 1.* Ideoque inutile est legatum, quod tutor ex testamento eius accepit, nec debetur æstimatio. Aut legatarius extrinsecus propter corporis vitium, aut legati qualitatem non est capax legati, & eo casu debetur æstimatio. Veluti si claudo aut loripedi cursoris, vel muto legetur cantoris officium. Ita distinguit *Gl. ad §. non solùm. Inst. de legat.* quæ communiter ab omnibus est approbata.

Obiicitur postremò *l. fideicommissa* x1. *§. si seruo. de leg. 3.* vbi seruo incapaci relicta est militia, & tamen debetur æstimatio. Resp. Ideò debetur æstimatio, si sciens seruo eam legauit, quia in legato militiæ, hoc est, quando reditus officiorum annui in scholis alicui armatam vel inermem militiam exercenti legantur, æstimatio inest: & tale legatum magis in quantitate, cuius seruus non est incapax, quàm in corpore consistit. *d. l. mortuo. §. 1. l. Titia 87. de leg. 2. Cuiac. ad d. l. multum.*

Ex hac decisione eleganter infertur, quòd si à vasallo feudum alicui extraneo testamento relictum est, non valere legatum, adeò vt ne quidem æstimatio debeatur. Ratio est, quia cùm feudum extra familiam alienari non possit, & extraneus eius possidendi ius non habeat, neque ei per legatum relinqui potest. *Curt. in tract. feud. par. 4. num. 126. Præs. in loco à feudo ad emphyt. num. 16.* per generalem regulam traditam *in d. l. cùm seruus. §. vlt.* quòd quando aliquid legatur, quod non est in commercio legatarii, tunc nec debetur eius æstimatio.

ASSER-

ASSERTIO XLVII.

Quantitas eadem sæpius legata, pluries debetur, volente testatore.

INTER speciem & quantitatem legatam hæc seruatur differentia, vt si quantitas eadem sæpius legetur, tunc pluries debeatur. Sed si eadem species sæpius eidem legetur, tunc semel tantùm debetur, quia res semel mea facta, amplius mea fieri non potest. *l. planè* 34. *§.* 1. *de leg.* 1. In hoc autem articulo ita latius distinguendum. Aut in vno testamento eadem quantitas sæpius relinquitur, & tunc semel tantùm debetur, nisi legatarius probauerit defunctum voluisse multiplicare legatum. Præsumitur enim, si in eadem scriptura sæpius vnum legatum scribatur, quòd testator potius illud repetere & inculcare, quàm multiplicare voluit. *d. l. planè.* §. 1. vbi ita sentit *Gl. & Bart.* Aut testator diuersis scripturis eandem quantitatem sæpius legauit, vtputa testamento & codicillis, & tunc præsumitur voluisse legatum multiplicare, itaque sæpius præstabitur. Exempli gratia Si testator legauit testamento 50. & codicillis 50. præsumitur facta multiplicatio. Ideoque debebuntur centum, nisi contrarium heres probauerit, *l. quingenta* 12. *ff. de proba.* Quòd si verò dispares quantitates sunt relictæ siue in eadem vltima voluntate, siue in diuersis, tunc vtrunque legatum præstabitur, *tex. not'ab. in l.* 3. *§. cùm Titio. & l. cùm centum. ff. de adi. lega. Zaz. ad d. l. planè* §. 1. *num.* 10.

Obstat huic doctrinæ *l. Sempronius* 47. *de leg.* 2. vbi testator cùm vnum testamentum duabus tabulis scripsisset, in vno legauit centum, in alio quinquaginta, deciditur, quod tantùm quinquaginta debeantur. Resp. Ibi vtraque quantitas deberi non potest, quia testator non nisi vno testamento decedere potuit. Itaque in dubio minor summa debetur, nisi legatarius contrariam voluntatem probauerit. *l. si ita* 14. *de leg.* 1. Idque etiam confirmat hæc ratio, quod in dubio potius heres est releuandus, quam grauandus. *per l. vnum ex familia* 67. *§. si rem tuam. ff. de leg.* 2. vbi dicitur, quod testator in dubio præsumatur potius voluisse releuare heredem, quam onerare & grauare. *Fac. l. Titia* 38. *§. Seia. ff. de aur. & arg. lega.* vbi dicitur, quod in dubio voluntas testatoris ita sit interpretanda, vt de minori summa & quantitate sensisse videatur. Vide latè & solidè de hac quæstione disserentem *Gomezium in var. resolut. ad tit. de Legat. num.* 38. *&* 53.

Secundo obijcitur *l. libertis. ff. de ali. lega.* vbi primo testator legauit testamento menstruos decem, deinde codicillis menstruos septem: in hac specie deciditur, quod posterius legatum tantùm debeatur, ac si prior legata quantitas esset reuocata. Resp. Ideo in illa lege minor summa in posteriori vltima voluntate relicta debetur, quia in priori legauit certis tantùm personis seu libertis, posteriori vero legauit generaliter omnibus libertis: hoc enim speciali casu minor summa debetur. Quando enim testator priori scriptura aliquibus legatum amplius relinquit, & in posteriori omnibus exiguius relinquit, tunc omnibus minor summa debetur, quia à priori voluntate recessisse videtur. *Zaz. ad d. planè. §. 1. num. 23.* Vel aptius & melius responderi potest, quod hoc specialiter procedat in legatis alimentorum, ne vltra modum alimentorum quicquam habeant legatarii. Illud enim speciale est in legatis alimentorum, vt non multiplicentur, nec reiterentur. *l. alimenta. §. basilicæ. ff. de ali. lega.* Ita notat *Duare. ad d. l. planè. §. 1.*

ASSERTIO XLVIII.

Legatum in alterius liberam & meram voluntatem conferri non potest, sed in alterius voluntatem, tanquam viri boni arbitrium collatum, valet.

PAVLVS & *Vlpianus in l. 1. de leg. 2. & l. Senatus 43. §. legatum. de leg. 1.* in arbitrium alterius conferri legatum, velut conditionem posse scribunt. Verùm *Modestinus in l. nonnunquam 52. ff. de cond. & dem.* in alienam voluntatem conferri non posse legatum respondit. Hæc ICrum responsa sibi contraria videntur, vt affirmantia & negantia. *Charondas in liberis* τῶν θαυμῶν ea sic conciliat, vt si legatum in alterius arbitrium, tanquam quæuis conditio conferatur, ipsum valeat, tanquam si testator boni viri arbitrium intellexisset. Verùm si huiusmodi sit legatum, vt testatorem alterius voluntatem ita elegisse constet, vt ex ea legati dationem pendere omnino, non tanquam ex boni viri arbitrio sensisse videatur, legatum est inutile. Sic enim de bonis suis testatorem disponere oportet, vt vltima eius sententia ex alterius nutu non pendeat, sed vt ipse declaret ex suo ipsius arbitrio & iussu, quid post mortem suam fieri velit. Vera itaque hæc est conclusio, quod in meram liberam & absolutam voluntatem tertij

non rectè relinquatur legatum, sed in arbitrium tertii, vel per verba denotantia arbitrium rectè confertur, quia tunc legatum illo arbitrante efficaciter debetur. tex. est qui sic debet intelligi *in d.l.1. de leg. 2.* vel eo non arbitrante, recurritur ad viri boni arbitrium. *l. vlt. §. sed etsi quis. C. Com. de lega. l. si sic. 75. de leg. 1. Gomez. tomo. 1. Resolu. de lega. num. 47.* Similiter in heredis meram & absolutam voluntatem legatum poni non potest, vt si testator dicat, lego Titio centum, si heres meus voluerit. *d.l. Senatus. §. legatum.* Sed si legatum conferatur in arbitrium heredis, hoc modo, si æstimauerit, si comprobauerit, si iustum putauerit heres, legatum valet, & tenetur heres ad eius præstationem: quia si fuerit iustum & æquum, debetur: licèt heres non arbitretur, vel contrarium decernat: quoniam quasi viro bono potius ei commissum est, non in meram eius voluntatem collatum. *d.l. si sic l. 11. §. quanquam. de leg. 3. l. fideicommissa 46. de fid. lib.* Ita pulchrè tradit *Cuiat. lib. Obs. 2. cap. 2.*

Præterea in hoc tractatu alia adhuc antinomia occurrit: nam Pomponius *in d. l. si quis 68. ff. de hered. inst.* decidit non valere legatum collatum in arbitrium tertii, hoc modo, si Titius voluerit, valere tamen sub hac conditione, si Titius Capitolium ascenderit. Diuersum decidit *Vlpia. in l. 1. de de leg. 2.* vbi videtur asserere, vtroque casu legatum rectè relinqui, siue dicat testator, si Titius Capitolium ascenderit, an si voluerit. Resp. Apud *Vlpian. in d. l. 1.* hæc oratio proponitur per interrogationem. Quid interest, an mihi legetur, si Titius voluerit, an verò, si Capitolium ascenderit: atqui ibi nihil definitur. Certum tamen est *ex d. l. si quis*, has formulas legati plurimum inter se differre. Valet legatum, seu institutio heredis, sub conditione, si Titius Capitolium ascenderit: non valet, si Titius voluerit. Ratio diuersitatis est, quia hæc conditio si Titius voluerit, planè confertur in arbitrium Titii, & sola hic Titii voluntas quodammodò spectatur, nec relinquitur aliquid voluntati testatoris. Itaque vitiosa est hæc dispositio, quia testamentum est voluntatis nostræ, non alienæ de rebus nostris dispositio. At quando ita legatur, Caio do lego, si Titius Capitolium ascenderit, tale legatum valet, quia tunc testator certus est de sua voluntate, neque confertur dispositio plenè in Titii arbitrium, sed hoc principaliter agitur, vt aliquid faciat Titius, quod fortassis interest testatoris ad effectum deduci, & ita non principaliter, sed in consequentiam pendet legatum ex voluntate Titii. *Duare. ad tit. ff. de cond. inst. Connan. lib. 1. Com. c. 6.* Itaque quod *in d. l. Senatus. § 2.* traditur, in aliena voluntate legatum poni posse, hoc accipiendum est ita, quòd tacitè poni possit, vt in hac conditione accidit, si Titius Capitolium ascenderit, expressè verò in alienam voluntatem legatum conferri non potest. *Donel. ad l. 43. de V. O. num. 6.*

Obiici-

Obijcitur etiam huic assertioni *l. si quis mihi 25. §. si coram. ff. de acq. her.* vbi valet aditio hereditatis, quæ fit arbitrio Titij. Resp. In eo loco iussus est filius à patre hereditatem adire coram Titio, quod perinde est, ac i Titio sciente, intelligente & arbitrante adire iussus sit, id est, illius consilio & arbitrio, non voluntate: alioqui conferretur hereditatis aditio in alienum arbitrium. Inuito igitur Titio potest adire, non debet & velle Titius, sed debet adesse, & intelligere quid agatur, & consulere heredi: i opus foret, atque ita videtur heres adeundo paruisse voluntati defuncti. *.coram 209. vbi Cuiac. ff. de V. S.*

Postremù obiicitur. *l. fideicommissa 11. §. sic fideicommissum, de leg. 3.* vbi dicitur, quòd valeat legatum ita conceptum: Titio fundum lego, nisi heres neus noluerit. Resp. Ideò illud legatum valet, quia conditionale est, & primam voluntatem exigit: hoc est, si contigerit heredem semel voluisse, amplius sententiam mutare non potest: quia in perpetuum tractum voluntatis eius legatum non est collatum. Aliud obtinet in conditione, si voluerit, nam ea futuri temporis tractum perpetuum includit, & mutandæ voluntatis potestatem delatam significat. Ideoque tale legatum, cùm heredem nullo modo obstringat, non valet. *arg. l. centesimis. .vlt. ff. de verb. obl. Rober. lib. 2. recep. sent. cap. 10. & 11.* Vide latius de hac quæstione disserentes, *Fachin. lib. 5. contro. c. 58. & 59. Cuia. lib. 2. Obs. c. 2. Duaren. ad l. Senatus 43. §. Legatum. de leg. 1. Sarmientum lib. 1. selectar. interpret. c. 6. & lib. 8. c. 2.* vbi notat *inter d. l. 1. de leg. 2. & l. si quis Sempronium 8. ff. de er. inst.* apertam esse antinomiam, quæ nullo modo conciliari potest Quem sequitur *Emanuel Acosta. lib. 1. select. interpretat. cap. XXI.*

ASSERTIO XLIX.

In legato generus est electio legatarij, nisi aliud testator dixerit.

PROBATVR hæc decisio expresso textu *in §. si generaliter. Inst. de lega.* Adhibetur autem plerunque in hoc articulo hæc distinctio, Aut testator verba legati direxit ad heredem, hoc modo: Heres meus damnas esto dare Sempronio vnum ex meis equis, seruis, &c. & tunc heredis est electio. *l. qui concubinam. 29. §. 1. in fi. de leg. l. si is cui 19. l. si ita relictnm 43. §. vlt. de leg. 2.* vbi legatum fuit hac formula relictum, Heres dato: ideoque electio est heredis, quia verba

cum

cum respiciunt. Aut ad legatarium verba directa sunt, ita dicendo: Sempronius habeat, capiat vnum bouem: & tunc legatario datur electio. *l. planè* 34. *§. vlt. de leg.* 1. vbi testator ita dixit, Fundum aut vsumfructum sibi habeto legatarius, & dicitur legatarii electionem esse, quia verba ad eum referuntur. *Sneidew. & Wesem. ad d. §. si generaliter.* Cùm autem verba legati sunt dubia, electio est legatarii, vt si dicat testator, do lego. *l. Lucio* 23. *de leg.* 2. Ratio est, quia hoc legatum est vindicationis, in quo recta via dominium transit in legatarium, & qui rem vendicat, certam rem, quam & qualem petat, exprimere tenetur. *l.* 6. *ff. de rei vend. l. huiusmodi* 84. *§. ult. & l. seq. de leg.* 1. Aliud est in legato damnationis, in quo heres constituitur debitor, & verba referuntur ad heredem; ideoque quia regulariter in obligatione generis est electio debitoris, *l. qui ex pluribus* 106. *de V. O. l. plerunque. ff. de iu. dot.* heres vnam ex pluribus speciebus eligere potest. Præterea ex eo legato oritvr tantùm actio personalis ex testamento, non rei vendicatio, & sic cessat hîc varietas actionum propter quam competit electio legatario, *l. si seruus* 108. *§. cùm homo. de leg.* 1. & ibi pulchrè *Cuiac. ad Afric.* Hodie verò ex quo iure nouo proditum est, vt non solùm actione ex testamento in personam agatur, sed etiam in rem ex omnibus generibus legatorum, idque in fauorem legatarii sit constitutum, *l.* 1. *C. Com. de lega. d. §. cùm homo.* meritò tribuenda est electio legatario in legato generis: si modò eius generis res testator in patrimonio habuerit. *l.* 2. *ff. de opt. leg. Baro in manual. ad tit. de legat. Duare. ad d. l. legato.*

Obiicitur *l. legato* 37. *§.* 1. *& l. si quis à filio* 32. *§* 1. *l. cùm seruus* 39. *§. Scio. de leg.* 1. vbi dicitur, quòd si quis plures seruos vel fundos eiusdem nominis habens, legauit vnum fundum vel seruum, nec appareat de quo senserit, electionem esse heredis. Resp. Ibi testatorem de certa re seu specie sensisse probabiliter colligi potest, quo casu heredi competit electio. Cùm enim constet testatorem certam rem animo agitasse, simul quoque certum est, nullam eum electionem legatario tribuisse, neque omnes res legato subiicere voluisse. Ideoque cùm ob defectum probationis eius quod actum est, inutilis dispositio reddi videatur. *l. duo sunt Titii. ff. de test. tute.* tamen quia certum est, testatorem vnam rem dare voluisse, eius voluntatis conseruandæ gratia in legatarli fauorem id legatum valere interpretamur: sed ita vt heredi in eo grauato, quòd non corruat actus, tanquam debitori existenti concedatur electio. *arg. l. plerunque ff. de Iur. dot.*

Sed huic sententiæ iterum obstat *l. qui duos* 20. *de leg.* 1. Quidam duos seruos habebat, vnum ex eis legauit, non intelligitur quem legauerit, legatarij

gatarij electio est, inquit. Sed dissimilis est hæc species, quoniam hic testator non sensit de certo seruo, sed legauit vnum ex duobus per vindicationem; non dixit, Stichum lego, tunc sentiret de certo. Itaque non sensit de certo corpore, vnde meritò dicitur legatario competere electionem. *Duare. ad d. l. legato.*

Illud autem notandum, quòd quando in legato generis legatarius habet electionem, tunc neque optimum, neque pessimum, sed mediocre eliget, & hoc ab herede ei præstabitur. *d. l. legato 37. l. si heres 110. de leg. 1. l. sancimus. §. 1. C. de dona.*

Secundò obijcitur *l. 3. & 4. ff. de trit. vin. oleo leg.* vbi dicitur, quòd vino vel oleo generaliter legato, non adiecta certa qualitate, præstandum non esse optimum vel mediocre, sed id quod heres elegit. Resp. Hoc verum est, quando legatum generis in quantitate consistit, tunc enim electio est heredis, & heres liberatur dando minimum. *l. si fideiussor 52. ff. Manda.* Sic etiam nummis in genere legatis exiguiores debentur. *l. nummis 73. de leg. 3. Zaz. ad d. l. legato. 37. Rober. lib. 2. sent. c. 14.*

Tandem obijcitur, quod in generali seu alternativa obligatione & promissione electio est debitoris. *l. plerunq; 10. §. vlt ff. de iur. dot. §. si quis agens. 33. vers. huic autem. Inst. de actio. l. qui ex pluribus 106. ff. de verb. obl.* Resp. Ea non procedit in legatis, & vltimis voluntatibus, sed in stipulationibus, & contractibus. Ratio diversitatis est, quia stipulatori potest imputari, cur apertius non expresserit voluntatem suam, aut cur latius verba non conceperit, cum id ei facere liberum fuerit. *l. stipulatio ista 38. §. in stipulationibus. l. quicquid adstringendæ 99. ff. de verb. oblig,* Ast in legatarij potestate non fuit, vt aliter testator loqueretur. *Duare. ad l. legato generaliter 37. ff. de lega. 1. Harprechtus ad §. generaliter. nu. pen. & vlt. Inst. de legat.* Vide de hac quæstione latissimè & plenissimè differentem. *Sarmientum libr. 8. selectar. interpret. ad l. Lucio Titio 23. de leg. 2.*

ASSERTIO L.

Rectè definitur legatum, quòd sit donatio quædam à defuncto relicta.

HÆc definitio traditur à Iustiniano *in §. 1. Inst. de lega.* vbi hæc verba quæ addita sunt AB HEREDE PRÆSTANDA, spuria & suppositia sunt, à sciolo quodam imperitè adiecta, ideoque reijci debent. Probatur hoc primò, quia Theophilus Institutionum paraphrastes

eorum verborum non meminit, & absunt à definitione Modestini *in l. legatum 36. de leg. 2.* Secundò probatur hæc sententia *per l. Lucius 22. de leg. 2.* vbi refertur, legata etiam ab ipso testatore in vita eius solui & præstari posse. Ergo non semper ab herede eius præstanda sunt. Idem probat *l. filia. C. eod.* Tertiò & confirmatur hoc ea ratione, quòd legata ab alio, quàm ab herede præstentur. Nam legata hodie ex constitutione Iustiniani fideicommissis sunt exæquata. *l. 2. C. Com. de lega.* At fideicommissa præstantur non solùm ab herede, sed etiam ab herede heredis vel legatarij, item à patre vel domino heredis, imò & à legatario & fideicommissario præstantur. *l. 5. §. vlt. cum l. seq. de leg. 3. Inst. de reb. sing. per fideic. relic. in princ.* Ideoque & à legatario, item herede heredis & legatarij, sicut fideicommitti, ita & legari potest, & sic non semper ab herede legatum præstatur. Quinimò & à marito, qui morte vxoris dotem lucratur, vxor legatum rectè relinquere potest. Denique à donatario causa mortis, & ab omni eo, qui quid mortis causa accepit à defuncto, sicut fideicommitti, ita & legari potest. *l. ab eo. C. de fideico.* vbi dicitur ab omnibus fideicommitti quid posse, ad quos quid perventurum est ex morte defuncti. *l. 1. §. pen. de leg. 3.* Itaque ex his rationibus liquidò apparet, quod illa verba AB HEREDE PRÆSTANDA, veteri definitioni legati, non nouæ conueniant. *Godæ. ad l. verbis 120. de ver. sign.* Dissentit *Anto. Fab. lib. 6. coniect. c. 1.* qui tradit hæc verba, ab herede præstanda, esse in definitione legati retinenda. Cui adstipulantur *Cuiat. in paratit. ff. de leg. 1. Donel. lib. 8. comment. c. 1. Wesemb & Vulte. ad §. 1. Inst. de legat.* Vide latius ad explicationem huius definitionis legati, quæ eleganter tradit *Sarmientus lib. 8. Select. interpret. cap. 1. ad Rubric. de legat. 2.*

ASSERTIO LI.

Sicut aucto legato, quod accedit, pertinet ad legatarium, ita diminuto legato, quod superest, debetur.

AVGMENTVM & diminutio in re legata contingens pertinet ad legatarium, nisi constet testatorem voluntatem mutasse. Vnde si areæ legatæ imposuit ædificium post testamentum factum, debebitur domus imposita legatario: & è contra domo diruta casu aut vi maiori, debetur adhuc area, quæ est maxima pars ædium, & consequenter rudera & cæmenta. *l. si ex toto 8. de leg. 1. l. si areæ 39. de leg. 2. l. si grege 22. de leg. 1.* Sed si testator ex proposito seu consultò domum legatam destruxit, aliamque

aliamque ibi ædificauit, legatum interit, quia creditur mutata voluntas testatoris. *l. si ita legatum 65. §. fin. de leg. 1.*

Sed in hac re pugnare videtur *l. si chorus 79. §. area. de leg. 3. cum d. l. si area. Duare. ad d. l. 8.* hæc ita conciliat, vt regulariter area legata ædificium areæ impositum debeatur: sed tamen hoc non procedit, si appareat ex coniecturis testatoris voluntatem mutatam, vt si homini tenuis fortunæ legata sit area, & postea magnifica & sumtuosa domus areæ imposita, non debetur ædificium. *arg. l. seruum 44. §. si area. de leg. 1.* Quod & videtur Accur. sentire *in d. l si chorus. §. area.* Itaque in dubio area legata debetur & impositum ædificium, nisi testator voluntatem mutauerit. Generaliter enim superficies cedit solo: mutatę autem voluntatis probatio exigitur ab herede. *l. 11. §. si rem. de leg. 3.* Et si heredi non suppetat probatio in hac specie, præsumitur testator imposito areæ ædificio, potius auxisse legatum, quàm mutasse voluntatem. Diuersum obtinet, si lana legara sit, & vestis ex ea fiat, item si ex sylua legata nauis extruatur, aut ex marmore legato conficiatur statua, tunc enim extinguitur legatum *l. Seruius 57. l. quæsitum 78. § illud. l. lana 83. de leg. 3.* Ratio diuersitatis est, quia in prioribus casibus species noua non planè perimit priorem, ideoque illud quod mutatum est, debetur. Sed quando prior species ita mutatur, vt planè extinguatur, nec in priorem speciem iterum redigi possit, interit legatum, vt si fiat ex sylua nauis. At si res ad priorem spaciem reduci possit, vel prior species non planè extinguatur, mutatio non perimit legatum. Vnde area legata domus imposita debetur, & massa argenti lgata, scyphi ex ea facti debentur. *d. l. lana. Cuiac. lib. Obs. 23. c. 22.*

Verùm adhuc magna superest antinomia, in eo quod de lana dictum est: nam *in l. seruum 44. §. si pocula. de leg. 1.* respondit Vlpianus, veste facta ex lana deberi vestem. Id Paulus negat in *in d. l. lana.* Respondet Duarenus ex sententia veterum, quòd regulariter lana legata non debetur vestis, nisi appareat testatorem vestem quoque voluisse deberi: vt si fortè fecit vestem, quo plenius consuleret legatario, quia in ea re sumtum facturus erat. Et hoc est, quod dicit *Vlpia. in d. §. si pocula*, si modò non mutauit testator voluntatem. Itaque lana legata non aliter debetur vestis ex ea facta, quàm si ex coniecturis appareat testatorem hoc voluisse. *Duarenus ad d. §. si pocula.*

Denique obstat prædictis textus *in l. mortuo 49. de leg. 2.* vbi mortuo boue legato, nec caro, nec corium debetur. Resp. Ibi res ipsa animata, quæ erat legata, peremta est, quæ longè differt in substantia ab illa, quæ remanit, & ideò nihil debetur. Non eadem est materia nec forma mortui pecoris, quę viuentis, nec caro eadem. Animal enim legatum est, animalis verò

nihil

nihil supereſt, quia exuuiæ non ſunt pars animalis. Cui legi non aduerſatur *l.ſi ſeruus.§. boue.ff.de cond.furt.* quæ mortuo vel occiſo boue furtiuo, ait dominum condicere aut vendicare λείψανα. Nam ea lex loquitur de domino, nos loquimur de legatario nondum nacto rei legatæ dominium: hoc eſt, ſi bos perijt viuo teſtatore, vel ante aditam hereditatem. Animal legatum non eſt legatarii, niſi poſt mortem teſtatoris, & aditam hereditatem. *l.ſi tibi 86.§.cùm ſeruus, de leg.1.* Ideoque ſi interim pereat ſine dolo & culpa heredis, nec æſtimationem, nec λείψανα petere poterit legatarius. *Duarenus ad d.l.ſi grege.* Vide de hac quæſtione latè & plenè diſſerentem *Sarmientum lib.8.ſelect. interpret. in explicatione l.cum fundus 10 ff.de leg.2.*

ASSERTIO LII.

Res hoſtium legari poteſt.

IN hac ambigua quæſtione, an res hoſtium commodè legari poſſint, ita diſtinguendum eſt. Aut res apud hoſtes exiſtens, aliquando noſtra fuit, & ea rectè legari poteſt, propter ſpem poſtliminii, quia fieri poteſt, vt eam deuictis hoſtibus recuperemus, aut pretio redimamus. *l.id quod apud hoſtes.9.l.ſeruus ab hoſtibus 98.de leg.1.l.vlt.ff.de act.emp.* Aut res apud hoſtes exiſtens, nunquam noſtra fuit. Et hæc abſolutè legari non poteſt, ſed ita demum, ſi aliquo caſu emi poſſit. *l. ab omnibus 104.§.etiam de leg.1.* Hoc eſt, eæ tantùm res hoſtium legantur, quæ eiuſmodi ſunt, vt rectè emi & vendi poſſint, quales ſunt pleræque res mobiles, exceptis armis, & quæ ad victum parandum pertinent: reliquorum enim mobilium commercium cum hoſtibus rectè exercetur. *l.cotem ferro.ff.de publ. & vect.l.1.& 2.C. Quæ res exp. non deb. l.vnic.C.de litto.& itin.cuſtod.lib.12.* Itaque & illæ res hoſtium rectè legantur, quæ ab hoſtibus emi poſſunt. Fundi verò & aliæ res immobiles hoſtium nulla ratione emi poſſunt, cùm bello capti publicentur, & fiſco addicantur, non autem fiant occupantis, *l.ſi captiuus 20.§.1.ff.de capt.& poſtl.* Ideoque nec ſtipulari aut legare fundum hoſtium poſſumus. *l.liber homo 103.de verb.obl. Rober.lib.1.ſent.iur.c.17.*

ASSER-

ASSERTIO LIII.

Legatum fundi in genere relicti, siue testator habeat fundos in patrimonio, siue non, nullius est momenti.

RATIO huius assertionis est, quòd fundus sola destinatione & voluntate patrisfam. constituitur, ita vt, quælibet minima pars fundi, veluti palm is vel cespes terræ, possit dici fundus. *l. quod in rerum 24. §. si quis post. l. planè 34. §. vlt. de leg. 1. l. locus 60. de V. S.* Ideoque cùm heres vel minimam partem agri dando liberetur, meritò dicitur derisorium, & nullius momenti hoc legatum. *tex. in l. cùm post 69. §. gener. ff. de iu. dot. tex. in l. ita stipulatus 115. de V. O.* vbi Ioan. de Imola istam opinionem dicit magis communem, sicut & *Iasan* notat *in l. legato generaliter. de leg. 1.* Contrariam opinionem defendit Petr. de bella Partica *in d. l.* ita stipulatus, quem ibi refert *Bart. in 8. oppos.* quòd scilicet valeat legatum fundi in genere, si modò testator reliquit fundos in patrimonio. Sed tamen prior sententia verior est, & in iure magis fundata.

Obijcitur *l. si domus 71. de leg. 1.* Vbi dicitur, quòd legatum domus in genere relictum valet, si modò testator reliquit domos in patrimonio, teneturque heres eam domum soluere quam volet: si verò nullam domum reliquit, derisorium magis est legatum quàm vtile. Resp. Illa lex procedit in domo seu prædio vrbano: cuius non est tanta incertitudo, quàm fundi rustici, cùm domus appellatione intelligatur omne ædificium aptum ad inhabitandum. Sed in fundo rustico maior est incertitudo, cùm fundus possit intelligi tam de loco ad seminandum destinato, quàm de vinea, prato, horto, vel alio simili: quod non est in prædio vrbano. Præterea licet fundus rusticus habeat certos aliquos fines & limites, facto hominis circumscriptos, tamen non ita sunt fixi certi & perpetui, sicut limites fundi vrbani: quia domus magis realiter distinguitur quàm fundus, scilicet per cæmenta, ligna, lapides & parietes. Ideoque generale fundi rustici legatum meritò vitiatur propter incertitudinem. Ita tradit *Gomez. in var. resolu. c. de lega. num. 23. & c. de qual. contract. num. 8.* Est enim vera & certa regula, quòd omne legatum, omnisque stipulatio, quæ ad rem vilissimam reduci potest, nullius est momenti. *d. §. gener. l. trit. cum. ff. de verb. obl.* Ita notat *Cuiat. lib. Obs. 14. c. 36.* Approbat *Fachinæus lib. 12. contro. iuris cap. 37.*

ASSERTIO LIV.

Cùm certa pecunia vel quantitas legatur, tanquam corpus, pars eius pecuniæ, quæ supereſt, debetur.

QVANDO teſtator legat quantitatem tanquam certum corpus vel ſpeciem, veluti ſi legat Titio decem, quæ in tali arca vel loco habet, tunc ea quantitas tantùm debetur, quæ in deſignato loco reperitur, ſiue tanta ſit ſumma, quantam teſtator expreſſit, ſiue minor. Tex. eſt *in l. ſi ſeruus 108. §. qui quinque. de leg. 1. fac. l. ſed ſi certos 51. ff. eo.* Additur ratio *in d. §.* quia cùm quantitas tanquam certum corpus legatur, & ea quantitas in rerum natura non ſit, nihil legatum videtur. Non enim pecunia hîc tanquam quantitas conſideratur, cùm ea veluti genus non poſſit perire. *l. incendium. C. Si cer. pet.* ſed tanquam corpus vel ſpecies, cuius interitu ſine ſua culpa contingente debitor liberatur. *l. ſi ex legati 23. ff. de V.O.* Additur *in d. §. qui quinque*, quòd ea tamen ſumma quæ ſupereſt, debetur. Idemque ſubijcit Africanus in ſtipulationibus obtinere.

Cui è diametro repugnat *l. ſi ita ſtipulatus 120. ff. de ver. obl.* vbi dicitur, ſi quis ita ſtipulatus eſt, hanc ſummam centum aureorum, quæ eſt in hac arca vel menſa, mihi dabis: ſi non ſit quantitas centum aureorum, nulla & inutilis eſt, etiam reſpectu eius quantitatis, quæ minus reperitur, ſtipulatio. Reſp. In iſto exemplo præcisè actum fuit inter contrahentes de ſumma centum aureorum. Ideoque inutilis eſt ſtipulatio propter mentem contrahentium, ſi tanta ſumma non reperitur. *Iaſ. & Duare. ad d. l. 120. Peck. ad c. plus ſemper. de R.I. in 6.*

Secundò obijcitur, quòd falſa demonſtratio legatum non vitiat, *l. 17. ff. de cond. & dem.* Itaque ſi Titio decem quæ in arca ſunt, legata ſunt, debetur legatum, licet nulla pecunia ſit in arca. Reſp. Quod dicitur falſam demonſtrationem non vitiare legatum, hoc verum eſt, dummodò aliquid ſit quod legatur: at in propoſito res nulla ſubeſt, ſi nulla pecunia in arca repoſita extet. Qui enim decem quæ in arca ſunt legat, non quantitatem legat, ſed corpus quod non extat. *l. 1. §. 1. verſ. ſed etſi dotem. ff. de dot. præleg.* Sic ſtatuunt *Pac. cent. 6. conc. 32. Baro in manua. ad d. tit.* qui notat, hoc legatum, Centum quæ in arca habeo, non tam falſam demonſtrationem, quàm certam relationem continere ad certum ſubiectum: quæ relatio efficit, vt ſubiecto non exiſtente, ad quod relatio legati facta eſt, deficiat legatum.

Tertiò

Tertiò obijcitur *l. si sic legatum 75. §. 1. de lega. 1.* vbi dicitur, quòd si testator legauit alicui decem, quæ Titio debet, nec quicquam Titio debeat, nihilominus decem debebuntur, nec falsa demonstratio perimet legatum. Resp. Quod dicitur, falsam demonstrationem legatum non perimere, hoc restringitur sub hac conditione, si modò id quod legatur, sit in rerum natura, *l. quibus 40. §. pen. ff. de cond. & dem.* Itaque cùm hoc in casu certa summa legata sit, quæ nullo certo loco definita est, ac proinde vndecunque sumi possit, falsa demonstratio legatum non perimit. Ratio diuersitatis est, quod certi loci definitio etiam in pecunia certum corpus facit, quòd non vbiuis, sed in loco tantùm designato sit, *l. planè 34. §. sed si non corpus. de leg. 1.* Itaque si hoc corpus in eo loco non extet, intelligitur legatum quod non est in rerum natura. At vbi certa summa legata nullo loco circumscripta est, apparet legatam eam quantitatem quæ in rerum natura est, quæ cùm possit vndecunque sumta præstari, valet legatum.

Sed adhuc vehementer aduersatur *d. l. si sic. §. 1.* vbi deciditur, quòd si testator legat Titio decem, quæ sibi Titius debet, vel quæ sibi Sempronius debet, & neuter eorum quicquam debeat, in vtroque casu legatum non valet. Resp. Ideò ista legata non valent, quia nullæ res extant, quæ legatæ sunt. In priori casu, cùm testator legat Titio decem, quæ sibi debet, liberationem legat Titio ab illis decem: sed nulla est liberatio hominis non obligati, ideoque nullum est legatum. *l. legaui. de lib. leg.* In posteriori verò casu, cùm testator legat Titio decem, quę sibi Sempronius debet, non legantur decem, quæ hæres præstet, sed legatur actio aduersus Sempronium, quæ nulla esse potest aduersus eum qui nihil debet. Pulchrè *Donel. lib. 8. com. c. 14.*

ASSERTIO LV.

Quando testator legat fundum sibi cum alio communem, pars testatoris propria tantùm debetur, nisi alteram partem redemit à socio; tunc enim totus fundus debetur.

CVM fundus communis legatur, pars tantùm debetur, quæ testatoris propria est. *l. 5. §. 1. de leg. 1.* Ratio est, quia censetur testator illud ius tantùm legasse, quod in fundo habet. *l. si domus 71. §. vlt. de leg. 1.* Idem dicendum est, si testator fundum quem cum alio communem

 habet,

habet, legat his verbis, Fundum meum dato; tunc enim pro parte dominij legatum tantùm consistit, non etiam pro parte socij. *tex. est in d. l.5. §. vlt. l.dominus 22. §. vlt. de pecu.leg.* Ratio est, quia meum etiam est, quod pro parte meum est. *l.si quis seruos 74. de leg.3. l. illud 46. de rit.nupt.*

Sed quæritur, si testator fundum communem ita legauit, Fundum meum dato: & deinde redemit partem socij, ita vt totus eius factus sit, an totus debeatur legatario? Et decidit *Accur. in d. l.5. §. vlt.* quòd totus non debeatur, per *l.si ita.7. de au. & arg.leg.* vbi traditur, quòd hæc verba, meum, tuum, præsens tempus testamenti significant. Atqui eo tempore pars tantùm erat testatoris. Ergo ea pars tantùm debetur. Quam sententiam *Accursij, Iason & Zazius improbant in d.l.5.* & rectè statuunt, etiam partem post testamentum redemtam & acquisitam deberi legatario. *per l.8. & l. quod in rerum 24. §. 2. de lega. 1. l. cùm fundus 10. de leg.2.* vbi dicitur, quicquid adijcitur rei legatæ post factum testamentum, id fieri legatarij.

Obijcitur *l. si ita 7. ff. de au. & arg. lega.* vbi dicitur, quod qui vestem suam, argentum suum legat, hoc legato tantùm comprehenditur illud, quod testator tempore testamenti possidebat, non verò quod postea acquisiuit. Resp. Ista lex loquitur de accessione corporum separatorum, vt cùm quis legat vestes suas, & post testamentum alias acquirit, illæ non debentur legatario. Diuersum est, si pars accedens ita rei legatæ adijciatur, vt cum ea vniatur, tunc enim ista accessio debetur legatario, exemplo alluuionis. *Zaz. ad d. l.5. §. Labeo. num.6. de leg.1.*

ASSERTIO LVI.

Cui quid coniunctum legatur, cum altero, qui non est in rerum natura, ei iure veteri pars tantùm debetur, iure nouo solidum.

QVANDO duobus coniunctim eadem res legatur, & legatum ab initio non consistit in alterius persona, vtpote quia non fuit in rerum natura tempore testamenti, tunc eius pars non accrescit collegatario, sed relinquitur apud heredem. tex. est *in l.si duobus 16. in princ. de leg.1.* vbi talis facti species proponitur. Legauit quis fundum Titio, & Mæuio quem credebat viuere. At Mæuius iam erat mortuus: quæritur an Titio debeatur totus fundus. Decidit I C. partem tantùm ei deberi, & sic pars altera, quæ pro non scripta habetur in persona Mæuij, remanet apud

apud heredem. Ratio decidendi, cur hæc pars non accreſcat collegatario, hæc eſt, quia nunquam ſubſtiterat legatum in perſona Mæuij. Ergo nec accreſcere poterat, quia non entis nullæ ſunt qualitates. Legata quæ ab initio non conſiſtunt in perſona legatarii, pro non ſcriptis habentur. Ideoque apud heredes remanent. *l. huiuſmodi* 84. *§. ſi Titio. de lega.* 1. *l. ſi Titio.* 7. *ff. de lega.* 2.

Obiicitur *§. fina. d. l.* 16. vbi teſtator qui habebat vxorem grauidam, legauit Titio & poſtumis fundum, & deciditur, quòd non nato poſtumo, Titio totus fundus debeatur iure accreſcendi. Reſp. In principio legis legebatur ei qui non erat in rerum natura, nec eſſe ſperabatur, quo caſu pars deficiens non potuit accreſcete collegatario, quia illa pars nunquam cœperat, nunquam, vt ita dicam, pedem fixerat, ideoque nec alteri poterat accreſcere, quia non entis nullum eſt accidens. Sed *in §. vlt. d. l.* 16. legabatur ei, qui licèt non erat in rerum natura, tamen ſperabatur naſci, vtputa Titio & poſtumis legauit, cùm fortè vxor erat grauida: hoc caſu, ſi propter abortum vxoris non naſcatur poſtumus, pars deficiens legatario coniuncto accreſcit, quia legatum in ſpe probabili conſtitit. Ille enim qui erat in vtero, ſperabatur naſci ſpe veriſimili & probabilis. *Zaz. ad d. l.* 16.

Secundò aduerſatur *l. quo loco.* 20. *ff. de hær. inſt.* Vbi pars mortui, quæ pro non ſcripta habetur, coheredi accreſcit. Reſp. Ibi loquitur IC. in hereditate, quæ non poteſt in partem deficere, quia non debet teſtator partim teſtatus, partim inteſtatus decedere.

Tertiò grauiter pugnat *l. vnica §. in primo. C. de cadu. toll.* vbi dicitur, ſi duobus coniunctum legetur, & alter non erat in rerum natura tempore teſtamenti, quòd coniuncto pars eius accreſcat. Reſp. Quòd per eam conſtitutionem Juſtinianus derogauit iuri antiquo, & voluit, quocunque modo deficiat pars rei legatæ, etiamſi pro non ſcripta ſit, eam coniuncto accreſcere, itaque principium *d. l. ſi duobus*, emendatur *per d. l. unicam.* Nam ea conſtitutio edita eſt poſt Pandectas, & in eadem lege, §. in ſecundo, ait Imp. ſe nouum ius componere, *Duare. ad d. l.* 16. *& lib.* 1. *de Iu. accreſ. c.* 18.

ASSERTIO LVII.

Legatum alicui relictum, cùm erit annorum XIV. non nisi expleto anno debetur: estque legatum hoc conditionale. Unde si ante annum XIV. legatarius moriatur, ad heredem nihil transmittit.

QVÆRITVR, si legetur alicui, Cùm erit annorum XIV. vel cùm peruenerit ad annum XIV. quando debeatur legatum, seu quando intelligatur esse annorum XIV. vtrum cùm ingressus fuerit annum XIV. an verò cùm expleuerit? Et deciditur, legatarium ad legatum non admitti, nisi XIV. annum expleuerit. Annus cœptus non habetur pro completo. tex. est apertus *in l. si cui legetur 49. in princ. de lega. 1. & l. non putabam. 48. ff. de cond. & demon.*

Verùm cum his legibus valdè pugnat *l. qui filium 74. §. Fabius. ff. Ad S C. Trebel.* vbi ostenditur, satis esse, si legatarius inchoauerit annum XIV. Resp. In his legibus referuntur diuersa Imperatorum decreta. *In l. si cui 40. & l. non putabam* 48. refertur decretum Antonini Pii, quod obtinuisse apparet ex eo, quia *l.* 49. dicit, Certo iure vtimur. Itaque secundum illud decretum, quod vsu receptum est, hæc quæstio decidenda est. Id etiam decretum confirmauit *Alexander Imp. in l. penul. C. Quan. di. leg. In d. §. Fabius, refertur Antonini Caracallæ decretum.* Ergo non habetur annus incœptus pro completo. *Cuiac. ad l. 5. ff. Qui test. fa. pos.*

Notandum præterea est, legatum ita relictum, Cùm erit annorum XIV. esse conditionale, ideoque si legatarius interim moriatur, nihil transmittit ad heredem. tex. est rotundus *in d. l. si cui. §. hoc autem, & l. si Titio. ff. Quan. di. leg. ced.*

Quibus valdè obstat *d. l. penul. C. Quan. di. leg.* quæ apertè ait, illud legatum non esse conditionale, sed in diem, & ideò moriente legatario ante diem, transfertur in heredem. Resp. *In §. hoc autem, & d. l. si Titio*, ita fuit legatum, Cùm erit annorum XIV. do lego, hoc legatum est conditionale. *At in d. l. penul.* purè testator legauit initio, his verbis. Do filiæ decem; verùm separata oratione postea adiecit, quæ accipere debebit, cùm erit annorum XXV. His verbis legato iam antè purè relicto, non adiicitur conditio, sed dies tantùm. Igitur si in illa specie filia moriatur, antequam peruenerit

uenerit ad annum xxv. heres illius ista decem petet, non quidem statim, sed eo tempore, quo si viueret filia, legitimæ ætatis foret. Quod etiam confirmat *l. Firmio 26. §. 1. ff. Quan. di. leg. ced.* Ergo in illa specie legatum transmittitur ad heredem, & purum manet. Et hæc fuit sententia *Iohannis in d. l. penult.* quæ comprobatur *à Bartolo in d. l. si cui*, vbi breuiter & nervosè hasce leges ita conciliat, quòd in *d. l. penult.* tempus certæ ætatis post perfectum legatum adiicitur præstationi legati. At *in d. l. si cui. §. hoc autem*, adiicitur substantiæ legati, ideoque hoc casu posteriori facit legatum conditionale, non verò priori.

ASSERTIO LVIII.

Nemo potest cauere, ne leges in suo testamento locum habeant.

PRÆCLARA & insignis est hæc decisio, quæ traditur, quòd nemo potest in testamento suo disponere, vt leges in suo testamento locum non habeant: *l. nemo potest 55. de leg. 1.* Concordat *l. 5. §. Iulianus. ff. de adm. tuto. & l. testandi. C. de testa.* vbi dicitur, quòd testator non potest formam iurisdictionis in testamento mutare, aut iuri publico derogare. Ratio est, quia priuati hominis voluntatem plus virium, quàm leges habere non oportet.

Exemplum est in lege Falcidia. Nemo potest cauere, ne lex Falcidia in suo testamento locum habeat. *l. quod bonis 15. §. 1. l. Seius 27. ff. Ad l. Falc.* Verùm Iustinianus hoc immutauit *in No. 1. § si verò expressim*: ex ea prohiberi potest Falcidia. Quod & ad quartam Trebellianicam rectè producitur, vt & illa iure nouo à testatore prohiberi possit, quia & ad exemplum Falcidiæ introducta est. *§. sed quia heredes. Inst. de fideicom. hered.* Deinde eadem ratio est, nam non est periculum, ne heres sine lucro adeat, nam cogi potest adire etiam inuitus iure antiquo. *Duare. ad d. l. 55.*

Similiter testator non potest in testamento derogare iuri publico, aut solennitatibus, nec auferre alicui ius ex statuto debitum, vtputa legitimam liberis, dotalitium, aut quotam hereditariam vxori statutis municipalibus aut legibus assignatam. *Auth. præterea. C. Vnde vir. & vx.* nisi quota hereditaria debeatur ab intestato, tunc enim testamento auferri potest. Causa enim intestati cessat, neque admittitur condito testamento. Quartam tamen *ex d. Auth.* præterea, debitam, ne quidem iure ciuili coniugibus testamento auferri posse, communiter à DD. receptum est. *We-*

est. *Wesem. ad tit. Qui test. fa. pos. & ad tit. Vnde vir. & vx. in paratit.*

Obijcitur, quòd edicto Prætoris siue jure publico introductum est, vt de legatis sub conditione vel in diem relictis, heres cogatur satisdare de legatis illis existente conditione vel die soluendis. *l.1.& toto tit.ff.Vt lega. no. cau.* Atqui ea cautio potest à testatore remitti, valetque præceptum, quo testator cauet, ne heres eam præstare teneatur. *l. cùm tale 72. §.1.l.auia 76.vlt.ff.de cond.& dem.l.2.& pen.C.Vt in poss.lega.* Resp. Ante constitutionem D. Marci ea cautio non potuit testamento remitti, sed post rescriptum eius Imp. hæc cautio legatorum testamento remitti potest, *d.l. 2.l.pactum 46.ff.de pact.*

Pertinet etiam ad hanc regulam hoc exemplum, quòd vsufructuarius tenetur cauere, se vsurum fruiturum boni viri arbitrio, & cùm vsusfructus finitus fuerit, se restituturum, quod inde extabit. *l. 1. Vsufr. quem cau.* Hæc cautio testamento non potest remitti. *l. 1. & 4. C. de vsuf.l.pen.C. Vt in poss. lega.*

Sed obijcitur, quod dictum est in præcedenti exemplo, cautionem legatorum posse in testamento heredi remitti; cur ergo & cautio fructuaria non potest testamento remitti? Resp. Hoc specialiter receptum est in vsufructu, ne detur occasio fructuario delinquendi, & abutendi re fructuaria: facilius & frequentius abutuntur fructuarii, qui cogitant se breui vsumfructum amissuros, quàm heredes qui sperant se proprietate potituros. Vbi autem maius periculum imminet, ibi magis & diligentius cauendum est. *l.1.ff.de Carb.edi. Duare ad d.l.55.*

Vltimò quæritur, an testator possit testamento remittere confectionem inuentarii heredi? Et rectè distinguit *Castren. in d.l.55.* quòd pater testator possit remittere tutori, ne conficiat inuentarium de bonis filiorum, textus est expressus *in l. vlt. C. Arbit. tute.* Sed heredi non potest remittere, ne conficiat inuentarium in præiudicium creditorum hereditariorum, quominus ab eis etiam vltra vires hereditatis conueniatur: quia facto debitoris non potest conditio creditorum fieri deterior. *l.debitorum.C.de pact.* Sed si nulli sunt creditores potest in præjudicium legatariorum remittere heredi confectionem inuentarii, quia potuit ab initio eis non legare, ergo & limitare potest legatum. *arg. l. videamus. §. pen. & l.sequ. ff. de in lit.iur.* Ita decidunt quoque *Fachin. libr.6.contro.iur.cap.25.Iul. Clarus in recept.senten.§. testamentum.quæst.66.*

Pertinet ad hanc decisionem elegans exemplum *in l. Lucius 88. §. vlt. de leg. 2.* vbi talis proponitur scriptura. L. Titius hoc meum testamentum scripsi sine vllo iurisperito, rationem animi mei potius secutus, quàm nimiam & miseram diligentiam. Et si minus aliquid legitimè, minúsve

peritè

peritè fecero, pro iure legitimo haberi debet sani hominis voluntas. Hîc cauit testator, ne leges in suo testamento locum habeant. Sed ea scriptura habetur pro codicillis, non pro testamento: legitimi itaque heredes succedunt, non scripti. Hoc inquam testamentum solennitatibus iuris destitutum, non valebit tanquam testamentum, sed sustinetur ex bono & æquo tanquam codicillus, iure fideicommissi, tenebunturque proximi heredes ab intestato heredibus in hoc testamento imperfecto scriptis imperfecto scriptis portiones hereditarias per fideicommissum restituere. *Sichard. ad l. testandi 13. in fi. de testam.*

ASSERTIO LIX.

Ille agit ex legato, cuius potissimùm interest, licet verba legati non sint ad illum directa.

ACTIO ex testamento datur illis, quorum interest, licèt verba legati dispositiua ad eos non dirigantur. Ita deciditur *in l. seruo 69. §. si testator. de leg.* 1. vbi hoc enunciatum duobus exemplis comprobatur. Primum est. Testator iussit, vt duo ex heredibus soluant debitum Titio creditori suo: hoc casu non habebit Titius actionem ex testamento, quia nihil eius interest, cùm nihil amplius sit in legato, quàm in debito. Verùm coheredes habent actionem ex testamento, vt creditori soluatur, quia eorum interest creditori solui. Secundum exemplum. Pater iussit filiæ nomine genero dotem dari, gener non habebit hoc casu actionem ex testamento, licet testator iusserit ei dari, sed filia: quia eius maximè interest dotem marito dari, vt sit dotata. Itaque interdum alius agit ex testamento, quàm is cui iussit testator dari, ille scilicet, cuius potissimùm contemplatione legatum relictum est. *l. fideicommissa* XI. *§. interdum. de leg.* 3.

Opponitur *l. 5. C. de iu. dot.* vbi cùm pater pro filia dotem promisisset genero, mortuo patre, maritus agit contra heredes soceri, non filia. Respondet *Accurs. in d. §. si testator*, quòd illa lex loquatur de actione ex stipulatu, quæ datur ei, cui promissio dotis facta est, sed hæc assertio loquitur de actione ex testamento, quæ conceditur ei, cuius nomine legatum est.

Secundò obiicitur *l. tali 48. §. ult. ff. de iu. dot. & l. Titio 71. §. Titio genero. ff. de cond. & dem.* vbi traditur, etiam genero dari actionem ex testamento, si testator iussit testamento genero dotem dari ab herede. Distinguendum.

Aut pater legauit dotem, quam iam debuit genero, & tunc gener non habet actionem ex testamento, quia inutile est legatum, cùm legatum sit, quod iam debebatur. Verùm filia habet actionem ex testamento, quoniam eius interest, gener autem aget ex stipulatu. Sed necesse est, vt inter se conueniant maritus & vxor: vt vna actione sint contenti, vt vel ipse maritus agat ex stipulatu, vel filia ex testamento, nam bis dos non soluitur. *l. huiusmodi* 84. §. *cùm pater. de lega.* 1. Aut pater legauit dotem genero, quam non debuit, & tunc legatum consistit in vtriusque persona mariti & vxoris.

ASSERTIO LX.

Legatarius qui rem sibi legatam alienari patitur, adhuc potest petere rei sibi legatæ pretium.

QVÆSTIO talis proponitur. Heredes fundum Titio legatum, æris alieni hereditarij exoluendi causa vendiderunt extraneo, vel vni ex heredibus: & quidem ipso Titio præsente, & teste venditionis, & instrumentum venditionis sigillo vel annulo suo obsignante. Quæritur an Titius legati persecutionem ideò amiserit, quòd venditioni fundi sibi legati quasi testis adfuit, & quòd eam venditionem signauit. Deciditur, quòd non amiserit petitionem fundi, & quòd quidem non ipsum fundum, sed pretium eius persequi possit. textus est expressus, & valdè notandus *in l. si fundus* 92. *de leg.* 1. Ex qua *l.* obseruandum, quòd legatarius qui venditioni fundi interfuit, & qui eam signauit, non amittit petitionem legati, nam pretium fundi petere potest.

Opponitur *l. nihil* 120. §. 1. *de lega.* 1. vbi dicitur, si fideicommissarius venditioni rei sibi per fideicommissum relictæ consensit, quòd nullam habet fideicommissi petitionem. Idem dicitur *in l. Lucius.* §. *insulam. de leg.* 2. vbi dicitur, quòd fideicommissarius, qui consensit in venditione rei sibi legatæ, nullam neque rei, neque pretij persecutionem habeat. Resp. Illæ leges loquuntur de legatario, qui palàm & disertè consensit venditioni: talis expressus consensus alienationi præstitus, habet vim repudiationis legati. Sed *in d. l. si fundum*, legatarius tanquam testis vel signator interfuit venditioni, hic palàm non consentit venditioni. Ideoque sola præsentia & signatione non amittit fideicommissum. *l. Gaius* 39. *ff. de p. g. act l. Titia* 34. §. *Lucia. de l. g.* 2. *l. si pater. C. de fideiuss.* Ex quibus legibus colligitur hæc decisio, quòd qui aliquem actum tanquam testis subsignat,

ſignat, vel ſubſcribit, non præiudicat iuri ſuo. Notat *Bart. in d.l fundum. & d.§.Lucia.*

Secundò opponitur *l.fideiuſſor. 26.§.pater.ff.de pigno.* vbi filius qui ſcripſit inſtrumentum, in quo pater domum filii oppignorauerat, hac ſcriptura obligationi rei ſuæ conſentire cenſetur, ideoque teſtis ſcriptura vel ſubſignatio inducit conſenſum. Reſp. ſub diſtinctione. Aut aliquis ſcribit principale inſtrumentum obligationis, in quo res ſcribentis propria obligatur, & hic cenſetur obligationi pignoris conſentire. Aut tanquam teſtis ſubſcribit & ſubſignat actum, & tunc rei propriæ obligationi & alienationi non cenſetur conſentire per ſubſcriptionem. *Coſtal.ad d.l.Gaius.*

ASSERTIO LXI.

Teſtator ſi prohibuit in teſtamento rem alienari extra familiam, non valet alienatio, ſed proximi ex familia rem alienatem vendicare poſſunt.

HANG aſſertionem euidenter comprobant *l. filiusfam. 114. §. Diui. de lega. 1. & l. peto 69. §. fratre. de leg. 2.* cum aliis plurimis legibus concordantibus. Quòd ſi res prohibita alienari ſit contra voluntatem teſtatoris alienata, competit proximiori agnato fideicommiſſi perſecutio. *d. l. peto. §. fratre.* Porrò qui prohibetur alienare, prohibetur vendere, donare, permutare, in extraneum heredem transferre. *d. l. peto. §. fratre,* niſi quoad viuat, prohibitus ſit alienare, eo enim caſu poterit in re prohibita alienari extraneum heredem inſtituere. *l.pater 39.§.fundum. de lega,3.*

Sed obſtat *l. cùm pater 77. §. cùm inter. de leg. 2.* vbi cùm legaſſet teſtator fundum libertis, & cauiſſet ne extra familiam libertorum eum alienarent, filius tamen libertæ, qui non eſt ex familia libertorum, heres inſtitutus ad partem fideicommiſſi admittitur. Reſp. Non poteſt quis in re prohibita alienari inſtituere heredem extraneum, ſed tamen poteſt eadem res prohibita alienari peruenire ad heredem extraneum iure ſucceſſionis ab inteſtato. Itaque licet in prædicto caſu filius libertæ non ſit de familia, cùm fœminarum liberi non ſint in earundum familia. *l.familiæ 106. de V. S.* tamen ab inteſtato fundus ad eum transfertur. Itaque quando quis prohibitus alienari rem extra familiam, decidit, hic ſi ad eum qui

non eſt ex familia, rem ab inteſtato transferat, non cenſetur alienare. Ita tradunt *Caſtren. Bart. ad d. §. cùm inter.* Idem confirmat *Bart. in l. ſi ita quis* 135. *§. ea lege. num. 7. de V. O.*

ASSERTIO LXII.

Incertis perſonis legari non poteſt.

HÆc aſſertio proponitur *in §. legari. Inſt. de legat.* Ratio eſt, quia certum debet eſſe teſtatoris conſilium & iudicium: atqui quod incertis perſonis relinquitur, non certo iudicio tribuitur, ſed temerè & imprudenter effunditur. Incerta autem perſona eſt, de qua rogatus teſtator nihil certi poteſt reſpondere. Vtputa ſi teſtator ei legauit, qui prior aſcendit Capitolium; inutile eſt legatum, quia incertæ perſonæ eſt relictum. Quod tamen Juſtinia. aliqua ratione temperauit, primò vt valeat legatum incertæ perſonæ relictum, quæ ex futuro euentu declarari poteſt. *d. §. legari. & ibi Sneidewi. l. quidam relegatus. ff. de reb. dub.* Secundò legatur incertis perſonis vtiliter ad pias cauſas. Legatum enim eccleſiis, pauperibus, item ad captiuorum redemtionem relictum, indiſtinctè tenet. *l. id quod* 24. *l. ſi quis ad declinandam* 39. *C. de epiſ. & cler.* Ratio eſt, quia quando teſtator indefinitè eccleſiis vel pauperibus legat, non de certis perſonis cogitat, ſed tantùm hoc vult, vt pauperibus diſtribuantur eleëmoſynæ, imò vt ſint incertæ perſonæ, certa tamen ſunt exercendæ pietatis ſubiecta. Debet autem hoc legatum in genere relictum piis locis vel pauperibus, ſolui pauperibus illius loci, in quo teſtator habet domicilium, valetque hoc relictum fauore piæ cauſæ, & intuitu religionis. §. Si quis in nomine magni Dei. *No. 23. de eccleſ. diuer. capit. Cyn. in l. 1. C. de ſum. trin. & fid. cath.* Pro qua ſententia facit *l. ſunt perſonæ 43. ff. de relig. & ſump. fun.* vbi dicitur, quod ſumma ratio eſt, quæ pro religione facit. Extra hos caſus legatum incertæ perſonæ relictum inutile eſt, vtputa ſi teſtator Titio legatum reliquerit, & duo ſint eiuſdem nominis Titii, amici teſtatoris, nulli debetur legatum. *l. duo ſunt. ff. de teſt. tute. l. 3. §. ſi duobus. ff. de adi. lega. l. cum ex pluribus* 31. *ff. de manu. teſta.*

Obiicitur *l. ſi quis* 9. *§. ſi inter. de leg.* 2. vbi dicitur, quòd heres ei debet præſtare legatum, quem elegerit, quoties vni ex duobus eiuſdem nominis legatum eſt, & dubitatur, de quo teſtator ſenſerit. *Reſp.* Illud accipiendum eſt, vbi heres legatum vltrò & ſponte ſoluere paratus eſt, hic poteſt ei dare quem elegit, ſed tamen ad id præſtandum inuitus compelli non poteſt. *Fab. ad l. ſemper in dubiis* 56. *de R. I.* Proinde *d. §us.* ſi inter, ita intelligendus eſt, quòd ſcilicet legata incertæ perſonæ relicta non valeant,

valeant, neque ad ea præstanda heres compelli possit; nisi vltrò ad ea se præstanda offerat. *Bart. ad d. §. si inter.*

Secundò obijcitur *l. si fuerit 10. ff. de reb. dub.* vbi dicitur, quòd si legatum sit relictum duobus eiusdem nominis, puta Sempronijs, & deinde Sempronio ademtum sit singulari nomine, quòd in vtriusque persona ademtio valeat. Hîc ademtio valet, cùm tamen incertum sit, cui testator ademtum voluit. Resp. Ista lex non pugnat cum assertione nostra, imò optimè cum ea congruit. Nam sicut legatum incertis personis relictum non valet, ideò quia de certa mente & voluntate testatoris non apparet, ita etiam cùm incertum sit, cui ex duobus eiusdem nominis legatum adimere voluerit, non valet in vno ademtio, sed in vtroque. Contrariorum enim eadem est doctrina. Sicut ergo legatum vni ex duobus Titijs relictum non valet, cùm incertum sit, de quo testator senserit, ita è contra, cùm duobus Titijs legatum relictum esset, & postea vni Titio ademtum sit, nec constat, cui testator adimere voluerit, non valet ademtio in persona vnius Titij, de quo fortè non cogitauit testator, sed in vtriusque persona ademtio facta censetur.

Porrò illud sciendum, quòd quando quis legat vnam rem ex duabus, nec apparet, de qua testator senserit, legatum non euanescit, sed debet heres eam dare quam elegit. *l. si quis 32. §. 1. l. cùm seruus 39. §. scio. de leg. 1.* Vtputa testator legauit fundum Cornelianum, cùm duos fundos haberet eiusdem nominis, heres cogitur vnum dare, vtrum elegerit, id est, minorem, seu minoris pretij fundum. *d. §. scio.* Ratio autem diuersitatis cur incerta res legata ex æquitate sustineatur, incertis verò personis legatum relictum corruat, hæc est, quia cùm res incerta est quoad mentem testatoris, vtputa vna re ex pluribus eiusdem nominis legata, tunc quamcunque eligat heres, iam dicitur saltem in genere satisfecisse voluntati testatoris, quia certum est testatorem voluisse commodare legatario, dando vnam ex istis. At in personis legatariorum longè diuersum est, quia si plures sunt Sempronij, voluntas testatoris adeò præcisè dirigitur ad vnum Sempronium, vt alter omninò excludatur.

ASSERTIO LXIII.

Ad legatum consequendum competunt legatario tres actiones, actio personalis ex testamento, rei vendicatio, & hypothecaria.

EFFECTVS hic est legatorum, vt tres legatario ad persequendum legatum competant actiones; actio scilicet personalis ex testamento, rei vendicatio, & hypothecaria: adhibita tamen hac distinctione, vt si res propriæ testatoris sint legatæ, prædictæ actiones locum habeant. Si verò res aliena legata sit, legatario actio personalis ex testamento, & hypothecaria tantùm detur, non verò rei vendicatio. tex. est formalis & expressus *in l. 1. & ibi Glos. C. Commun. de lega.*

Sed obijcitur, quod actio personalis & rei vendicatio simul non possint competere, quia nemo potest simul contrarias actiones in iudicio proponere. *l. 1. C. de furt.* At vero inter personalem & realem actionem subest quædam repugnantia, cùm in personali actione actor petat sibi dari, in reali verò asserat rem suam esse, quæ amplius ei dari nequit. *§. sic itaq. Inst. de act.* Resp. Non concluditur hoc casu in personali actione ad dandum & ad transferendum dominium, sed tantum ad tradendum, seu ad translationem possessionis, possessio autem personali actione condici potest. *l. indebiti 15. §. 1. ff. de cond. inde. Gl. singularis & vnica in §. nostra. Inst. de legat.* Concludendum igitur est, quod sit in arbitrio legatarij legati nomine agere actione ex testamento in personam, vel in rem, seu rei vendicatione. At cum alterutrum remedium elegit, ad alterum non habet amplius regressum. *l. cum filius 76. §. varijs. de leg 2.*

ASSER-

ASSERTIO LXIV.

Qui legat certam fructuum quantitatem, si non nascatur tantum quantum legauit, heres ad præstationem totius tenetur.

SI testator legat certam quantitatem fructuum ex fundo, si non nascantur tot fructus, quot legauit, heres nihilominus ad totius quantitatis præstationem tenetur. Ita decisum extat *in l. Lucius 12. ff. de ali. lega. l. Paula 27. §. vlt. de leg. 3. l. Firmio 26. ff. Quan. di. leg. ced. l. quidam testamento 96. de leg. 1.*

Sed repugnat *l. si debitori 39. §. 1. ff. de con. emp. & l. cùm certus. ff. de trit. vin. ol. leg.* Vbi dicitur, si testator legauit alicui certos frumenti modios, vel certum numerum amphorarum olei vel vini ex certo fundo, & minus natum esset, tantùm id deberi, quod legatum est. Hæ leges prima facie pugnantes ita conciliandæ sunt. Aut certi fructus ex fundo simpliciter & sine conditione legantur, ita vt fundus solùm ponatur ad designationem seu demonstrationem, hoc modo: Lego decem modios frumenti ex hoc fundo, & tunc supplebitur aliunde, si tantum non nascatur. *d. l. Firmio. d. l. Lucius.* Aut fructus ex fundo legati sunt sub conditione, ita vt fundus sit adiectus limitationis & taxationis causa, hoc modo: Lego x. modios frumenti, ex eo quod ex tali fundo nascetur, aut natum erit: & tunc si vnica præstatio tantum fuit in legato, quasi defecta conditione liberatur heres, nec tenetur aliunde supplere. Vnde si quinque modij frumenti tantum nascantur, hi tantum debebuntur. *d. l. cùm certus. & d. l. si debitori. §. 1.* Si verò plures præstationes sunt faciendæ, vt si annua vel menstrua vini vasa sunt legata, & tunc siue nihil, siue tantum non nascatur vno anno, quantum relictum est, supplendum est ex aliorum sequentium annorum fructibus. tex. notabilis *in l. legatum 17. §. vini. ff. de an. lega.* Regulariter namque illa verba, quod natum erit, in contractibus & testamentis posita, vicem habent taxationis, & efficiunt, vt minus quàm dictum est, debeatur. *Cuiac. lib. Obs. 2. c. 12. Ferra. in for. libel. qua agitur ad præstat. facti.*

ASSER-

ASSERTIO LXV.

Inter verbis tantùm coniunctos locus eſt iuri accreſcendi, & re tantùm coniunctis præferuntur.

QVOD inter eos, qui verbis tantum coniuncti ſunt; locus ſit iuri accreſcendi, euidenter probatur *ex l.vnica. §.in his itaq;. C. de cadu.toll.* vbi dicitur, ſi quid pluribus coniunctim legatur, vel plures coniunctim ſunt heredes inſtituti, & vnus ex coniunctis deficiat, quod pars eius coniuncto heredi vel legatario accreſcat. Atqui dicuntur coniuncti, non ſolum qui re & verbis iunguntur, veluti ſi teſtator dicat hoc modo, Seio & Titio fundum Tuſculanum lego, ſed etiam qui verbis tantum coniuncti ſunt, quibus ſcilicet coniuncta oratione eiuſdem rei partes legantur, vt quando teſtator ita dicit, Titio & Mæuio fundum æquis partibus lego. *l.Triplici 142.ff. de V.S.*

Porrò hi qui verbis tantum coniuncti ſunt, re tantum coniunctis præferuntur. *l.re coniuncti. 89. in fi.de leg.3. d.§.in his itaq;*, vbi elegantem rationem ſubiungit Imp. quòd coniuncti verbis tantum, ideò re coniunctis ſunt potiores, quia propter vnitatem ſermonis quaſi in vnum corpus redacti cenſentur. Semper itaque hoc verum eſt, quòd omnes coniuncti ſiue re & verbis, ſiue verbis tantum, in permiſtione præferantur re tantum coniunctis, qui & ſeparati dicuntur. *d.l.re coniuncti.l.heredes ſine 63.ff.de hered. inſt.Baro ad §.ſi eadem. Inſt de legat. Cuiat.lib.Obſ.24.c.34.& 35.*

Huic tamen aſſertioni quatuor iuris loca grauiter aduerſantur. Primò refragatur. *l.ſi ita quis 66.ff.de here. inſt.* vbi teſtator heredes ſcripſit hoc modo: Titius heres eſto. Caius & Mæuius ex æquis partibus heredes ſunto: ibi deciditur ſi Mæuij portio deficiat, quod illa pars non ſoli Caio, qui verbis ei coniunctus erat, ſed & Titio, qui re tantum coniunctus erat, accreſcat. Reſp. Regulariter pars vnius ex verbis coniunctis accreſcit verbis coniuncto, excluditurque re coniunctus. *d.l.vnica.§.hæc ita tam variè.* Verum aliquando re coniunctus cum verbis coniuncto æqualiter ſuccedit, vtputa cum apparet re coniunctum cæteris prædilectum eſſe, vt in prædicto exemplo. Cum enim teſtator hic primò Titium ex aſſe inſtituerit, quàm Caium & Mæuium verbis coniunctos nominauit, cenſetur ſingulos voluiſſe ſeparatim inſtituere, atque vt celerius ſcriberet, duos poſtremos coniunxiſſe. Vnde deficientis coheredis portio omnibus pro hereditaria parte accreſcet. *Alcia.lib.7. Parer.cap.9. & ad d.l.Triplici.*

Secundò

Secundò repugnat *l. Mæuio 41. de leg. 2.* vbi testator ita scripsit: Mæuio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego, eundem fundum Titio lego: deciditur ibi, quòd deficiente Seio, qui verbis coniunctus censetur cum Mæuio, portio eius non tantùm Mæuio, sed & Titio re coniuncto accrescat. Resp. Hîc pars Seij deficientis ideò omnibus accrescit, quòd testator in hac formula legati ambiguum reliquerit, vtrúmne eandem dimidiam, an verò aliam legauerit Seio: itaque omnes tres re coniuncti censentur, ac verisimile est duos semisses factos, & Mæuium cum Seio in eundem semissem coactum. *d. l. triplici. in fine. Baro. ad d. §. si eadem. Alciat. d. loco.*

Tertiò obstat *l. pen. ff. de Vsufr. accr.* vbi apertè dicitur, si æquis partibus duobus eiusdem rei vsusfructus legatus est, cessare inter eos ius accrescendi. Vnde apparet inter verbis coniunctos cessare ius accrescendi. Resp. Ideò inter eos, licet verbis sunt coniuncti, cessat ius accrescendi, quia à diuersis heredibus percipiunt vsumfructum. Sic enim testator in testamento scriptum reliquit: Lego Titio ab herede Sempronio, & ab herede Cornelio lego Mæuio vsumfructum fundi, æquis portionibus: hoc casu quando à pluribus diuersis heredibns relinquuntur partes vsusfructus, cessat jus accrescendi, quia non habentur hi fructuarii pro coniunctis.

Quartò obiicitur *l. 1. §. 1. ff. d. tit.* vbi dicitur, si separatim sit vnicuique partis rei relictus vsusfructus, cessare ius accrescendi. Resp. Acc. quòd ideò cessat inter eos ius accrescendi, quia ea verba ita sunt accipienda, ac si dictum esset, Huic demidiam, illi alteram dimidiam vsusfructus lego, ita vt diuersæ planè res illis sint relictæ. Atqui inter coniunctos, quibus res planè diuersæ sunt relictæ, cessat ius accrescendi tam in proprietate, quàm in vsufructu: *l. huiusmodi 84. §. quibus. de leg. 1.* vbi dicitur, si testator ita legauit, Titio & Mæuio singulos seruos lego, vel, Titio seruum lego, Mæuio alterum seruum lego; non concursuros eos in eundem seruum. Dissentiunt ab hac opinione *Gouea. lib. sing. de iur. accres. Cuiat. lib. 15. Obser. c. 4. & lib. 24. c. 34. Anto. Fab. lib. 6. coniect. c. 1.* qui statuunt hanc regulam in iure accrescendi. Quod inter eos qui ab initio partes habent, vel habere intelliguntur, quales sunt verbis tantum coniuncti, non sit locus iuri accrescendi, sed inter eos tantum, locum habere ius accrescendi, qui ab initio solidum habent, & partes faciunt concursu. *per l. 3. ff. de Vsufr. accr. Anto. Fab. in erro. pragmat. decade 49. erro. 4. & decade 10. erco. 7.*

ASSERTIO LXVI.

Impoſsibilis conditio vitiat contractus: teſtamentis verò adiecta pro nulla habetur, ſalua manente inſtitutione vel legato.

RATIO diuerſitatis inter contractus & vltimas voluntates eſt, quòd ideò impoſſibilis conditio adiecta vitiet contractus, quia imputandum eſt ſtipulanti ſeu contrahenti, qui hoc modo ſtipulatus eſt. Præterea cùm contrahentes adiiciunt contractui conditionem, quam vterque ſcit impoſſibilem, apertè ludificari, non verò quicquam agere voluiſſe cenſentur. *l. non ſolum. ff. de obl. & act.* In teſtamentis verò conditio impoſſibilis adiecta ideò pro nulla habetur, ſalua manente diſpoſitione, quòd heredi ſcripto vel legatario id non poteſt imputari, cùm ii teſtamentum non faciant, iiſque ignorantibus conditiones impoſſibiles adiiciantur. *§. ſi impoſsibilis. Inſt. de inut. ſtip. §. impoſsibilis. Inſt. de hered. inſt. l. 1. ff. de cond. inſt. l. 3. ff. de cond. & demon.* Accedit & hæc ratio, quod impoſſibilis conditio ab vno teſtatore legato vel heredis inſtitutioni adiiciatur, cui præſertim morienti facilè contingere potuit, vt errore quodam ſeu mendo hæc conditio exciderit. *d. l. 1. ff. de cond. inſt.* Nec verſimile eſt teſtatorem moribundum ludere, nihilque agere voluiſſe, cum ſuprema hæc ſit voluntas, & arbitrium teſtandi non redeat. *l. 1. C. de SS. eccl.* Denique & hæc ratio redditur, quod teſtamenta ſint fauorabilia, & ideò benignior in iis ſit interpretatio adhibenda. *l. in teſtamentis* 12. *ff. de R. I.* obligationes autem non ſint fauorabiles, & ideò interpretatione non ſunt adiuuandæ *l. Arrianus. ff. de obl. & act.*

Aduerſatur huic doctrinæ *§. vlt. Inſt. de lega.* vbi legatum relictum ab herede, ſub ea conditione, niſi turpe aut impoſſibile factum aliquod admittat, inutile & pro nullo habetur. Reſp. Hæc longè inter ſe differunt. Legatum ſimpliciter relictum ſub conditione impoſſibili, valet reiecta conditione: ſed cùm in pœnam heredis legatur, niſi turpe aut impoſſibile aliquid præſtet, tale legatum heres ſoluere non tenetur, ne ideò puniatur, quia non fecit quod facere non potuit, vel non debuit. *Vigl. ad d. §. impoſsibilis.*

Secundò obiicitur *l. ſi Titius* 16. *ff. de cond. inſt.* vbi conditio perplexa, quæ ita in ſe reuoluitur, vt exitum non reperiat, pro impoſſibili habetur; quæ tamen conditio vitiat inſtitutionem heredis. Reſp. Ea impoſſibilitas

quæ

uæ non est in sola conditione, sed in principali dispositione ad conditionem relata, vitiat quoque testamenta. *Baro.ad §. Si impossibilis. Inst. de ut.stip. Mercer.lib.1.opin.c.15.*

Tertiò obstat *l. cùm heres 4. §. 1. ff. de statu.lib.* libertas ita relicta est, liber esto, si millies dederis, id est, millies centena millia nummorum, vt interpretatur *Anton. August.lib.2.Emenda.c.6.* Hæc conditio penè impossibilis est, & ideò inutilis est libertatis datio. Resp. Ea conditio propriè non est impossibilis. Impossibilis est, cui rerum natura obstat, vt puta, Si mare ebiberis, si digito cœlum tetigeris. Illa conditio propriè dicitur esse in difficili, ei rerum natura non obstat, sed habendi difficultas quædam, ideoque ea conditio suspendit libertatem. *arg.l. continuus.137.§.illud.de V.O.* Conditio impossibilis nihil suspendit, pro non scripta habetur. Aliam solutionem vide apud *Anto.Fabrum lib.6.conject.c.12.*

Quartò obijcitur *l. 6. ff. de cond. inst.* vbi dicitur, si quis institutus sit sub conditione, si intra triduum post mortem testatoris fecerit monumentum, cùm impossibile sit intra triduum monumentum perfici, quòd conditio euanescat quasi impossibilis. Resp. locus ille ita intelligendus est, non quòd institutio hoc modo facta sit inutilis, sed quòd tempus in conditione appositum pro nihilo habeatur, tantumque temporis concederi à iudice, intra quod monumentum perfici poterit. Hoc enim in bonæ fidei contractibus & legatis & heredum institutionibus obtinet, vt ob temporis angustiam non vitientur, sed tantum temporis iudicis arbitrio concedatur, intra quod actus perfici poterit. *l. insulam 58. §. 1. ff. loca.* Quod dissimodè in contractibus stricti iuris obtinet, qui propter angustiam temporis vitiantur. *l. 2. §. qui ita. ff. de eo quod cer. lo. Meno. de arb.iud.lib.2.cent.5. quæst.80.*

Vltimò opponitur, quòd impossibilis conditio innominatis contractibus adiecta eos non vitiat. Qui enim dat aliquid, vt fiat impossibile, siquidem sciens conditionem impossibilem dat, non habet condictionem: si autem ignorans dat, conceditur repetitio dati. Probat hoc *l. 6. C. de cond.ob.cau.dat.* vbi dicitur, quòd qui ignorans dedit filiæ liberæ manumittendæ causa, repetat. Ergo si sciens det, condicere non potest. Idē euincitur *ex l. 8. C. d. tit.* vbi datum ob causam repeti traditur, si causa non sequatur, nisi conditio impossibilis sit adiecta. Sic *in l. 5. C. eod.* statuendum, ignoranter aliquid datum militi, vt negotia aliena procuraret, quo casu datur condictio dati, cùm miles non possit esse procurator alterius. *l. militem. C. de procur.* Ad hæc respondendum, quòd in hoc proposito accipiatur conditio pro modo. Conditio impossibilis vitiat contractum, veluti si cœlum ascenderis, si mare ebiberis, quia hæc obligatio nunquam

existere aut incipere potuit. Quod autem sub modo datur, hoc statim effectum habet, etiamsi modus non possit sequi, id est, dominium ex obligatione modali statim transfertur, nec reuocatur propter modum non secutum, nisi ab ignorante datum sit. *l. Mæuia 44. ff. de manu. testa.* Conditio suspendit obligationem, modus non item. *l. cùm ab eo 41. ff. de cont. emp. Addit. ad Gl. in d. l. 8.*

ASSERTIO LXVII.

Filius fideicommisso grauatus, vnum tantùm quadrantem detrahere potest iure ciuili.

CONFIRMATVR hæc sententia per *l. iubemus. C. Ad S. C. Treb.* vbi disertè statuitur, quòd filij rogati restituere portionem suam hereditatis, retenta quarta ex SC[ti] Trebelliani dispositione, dodrantem restituant. Verùm cùm jure Nouellarum aucta sit legitima liberorum, permissum est filijs de hereditate restituenda grauatis, portionem legitimam, hoc est, trientem vel semissem pro numero liberorum retinere. Ita expressè decidit *Nouella 39. §. hæc meritò.*

Secundum argumentum est ab intelligentia humani animi, & communi intellectu depromptum, nimirum, quia quadrantis appellatio, cùm sit pars assis, concipi animo & intellectu nequit, nisi supersit & reliquus maneat ex asse dodrans. Cùm igitur filius pro legitima vnum quadrantem detraxit, non potest præterea alterum Trebellianicæ nomine detrahere, vt integer maneat dodrans fideicommissario.

Tertium argumentum. Lex Falcidia constituit, vt omninò liberum sit dodrantem bonorum legatis erogare, & de eo disponere pro suo arbitrio. *l. 1. ff ad l. Falc.* Eodem autem consilio & fine introducta est Trebellianica portio, quo Falcidia: ne libera testandi facultas vltra dodrantem minuatur. *§. sed quia. Inst. de fideic. here.*

Quartum. Vis, natura & proprietas quartarum hæc est, vt vnius deductio & perceptio impediat & excludat aliam, & altera in alterum imputetur. *l. Papinianus. §. si quis inpubes. ff. de inoff. test.* vbi hoc tribus quartarum speciebus probatur.

Contra hanc thesin adfertur tale argumentum: quòd quarta legitima debetur iure naturæ, vt filio, altera illi debetur vt extraneo, seu vt instituto heredi, ex SC[to] Trebelliano. Quoties autem duplex auxilium ex diuersis causis alicui defertur, vtrunque locum habet. *arg. l qui non militabat.*

militabat. 78. §. vlt. ff. de here. inst. l. quoties 91. de R.I. l. tutorem. 22. ff. De his quib. ut indig. Resp. In legitimam computantur quæcunque capit filius iure hereditario ex bonis defuncti. Ergo & quarta Trebellianica, quæ capitur jure institutionis, computatur in legitimam portionem filio debitam. *l. ex tribus. l. quoniam Nouella. C. de inoff. testa.* Item in quartam Trebellianicam computantur omnia, non solùm quæ iure institutionis, sed etiam quæ vllo modo mortis causa capiuntur. *l. in quartam. l. acceptis. ff. ad l. Falc.*

Secundò opponitur, quod filius legitimam iure naturæ capiat, vt debitum quoddam. *§. principio itaque. § si quis autem. No. de hered. & Falcid.* Vnde videtur, quod de residuo detrahat adhuc quartam Tribellianicam. *arg. l. irritum. 8. C. ad l. Falc.* Resp. Legitima non dicitur efficaciter debitum à patre, quia eo nomine non competit aliqua actio filio contra patrem, sed naturale debitum appellatur in *l. scimus 36. §. illud. C. de inoff. test.* ideò quia pater filium ea defraudare non possit, nisi iustam ingratitudinis causam committat. Vnde & filius nihilominus in Legitima institui potest, & tenet ea institutio, capitque eam tanquam heres.

Tertiò objicitur *l. quoties 67. ff. ad l. Falc.* vbi ex duabus legibus deductio conceditur heredi, ex duplici causa deductionis. Cum enim alicui plus legatum esset, quam ei capere liceret, detrahitur prius Falcidia, tum id quod capere non potest *ex l. Iulia.* Ergo eodem exemplo in fideicommissaria hereditatis restitutione, deductio fieri poterit tàm quartæ legitimæ *ex l. Glicia*, quam quadrantis, *ex S C. Trebelliano.* Resp. Hoc dissimilis deductionis causa fieri vetat. Nam in specie *d. l.* quoties, partem heres retinet iure suo, partem vero vitio legatarii. In proposita vero specie vtramque partem suo iure habere contendit, vt filius, & vt heres scriptus. Quod leges non permittunt. Sic & nepos, ab auo adrogatus & exheredatus, non exercet querelam inofficiosi, quasi non habeat legitimam, cum habeat quartam debitam adrogatis ex constitutione *D. Pii. l. Papinianus. §. si quis impubes. ff. de inoff. test.* ita eleganter & pulchrè tradit *subtilissimus & acutissimus Cuiat. lib. Obs. 3. c. 3.*

Contraria autem sententia, quòd filius rogatus restituere hereditatem, possit detrahere legitimam, simulque quartam Trebellianicam, iure Canonico est prodita & expressa: eaque toto terrarum orbe in scholis & iudiciis est recepta, *teste Guidone Papa quæst. 52.* Eoque sententia judicando approbata est in curia Hollandiæ, vti relatum extat in decisionibus curiæ Hollandiæ. *decis. 17. Anno 1583. 9. Ianuarij.* Vide *Hoto. in ill. quæst. quæst. vlt.* vbi communem Canonistarum sententiam grauiter & eruditè

impugnat. Sic ergo ſtatuendum eſt, quod iure ciuili filius rogatus reſtituere hereditatem, duas quartas non detrahit. *l. quanquam. C. Ad l. Falcid. l. coheredi. §. cùm filiæ. ff. de vulg. ſubſt.* ſed iuris Canonici auctoritate retinet. *c. Raynucius. ex. de teſta.* Itaque huius controuerſiæ hæc deciſio communiter à DD. eſt approbata; quod ſi filius iuſſus eſt reſtituere hereditatem, vt tunc ſemis hereditatis illi adiudicetur pro vtraque quarta, detrahendo illi legitimæ nomine trientem, & quadrantem. Trebellianicæ quartæ vice, ex beſſe reſtante. Ita in iudiciis quotidie obſeruari, notat *Claudius de Battandier, in tractatu. de legitima. artic. 13. num. 68.*

ASSERTIO LXVIII.

Liberi non tenentur ſimplicem donationem à parentibus ſibi factam conferre. iuxta communem DD. opinionem.

DIFFICILIS eſt & abſtruſa quæſtio, an ſimplex donatio à parentibus liberis facta, poſt mortem parentum ſit conferenda, & æqualiter cum reliquis fratribus diuidenda. Et verior ſaniorque eſt ſententia, quam etiam vſu fori hodie obtinere notat *Weſem. in parat. ff. de collat.* quod ſimplex donatio non conferatur: quæ comprobatur hiſce firmiſſimis rationibus.

Primo ſi fiat hæc liberis ſuis, & in poteſtate patris conſtitutis, ideo non confertur, quia morte patris demum conualeſcit donatio. *l. 25. C. de dona. int. vi. & vx.* Quæ vero poſt mortem patris demum acquirunt liberi, ea non coguntur conferre. *l. à patre 10. l. nec emancipati 15. C. de colla.* Secundo quod ſi emancipato filio fiat donatio, ideo non confertur, quia eo ipſo quod donatio valuit, efficaciter res eſt alienata, atque ita vt extraneus heres inſtitutus non confert, ita nec filius emancipatus.

Sed in hac quæſtione difficilis occurrit antinomia inter *l. filiæ. 18. C. Fami. erciſ. & l. ſi donatione 13. C. de colla.* Nam *in l. filiæ*, apertè deciditur, quod filia donationem à patre ſibi factam, non teneatur fratribus conferre. Contrarium *in l. ſi* donatione, aſſeritur, quod filia fundum à patre ſibi donatum, cum ſororibus cæteris communicare & diuidere teneatur. Verior mihi videtur reſponſio *Cuiatii lib. Obſ. 3. c. 30. & lib. 9. c. 17.* tradita, quod in ſpecie *l. ^is^ filiæ*, non fuit locus collationi, quia ex teſtamento ſucceſſerunt liberi. Cùm enim expreſſè ibi dicatur, ſi non contrarium patris iudicium probetur, filiam rem ſibi donatam à patre debere præci-

ræcipuam habere, apparet hoc procedere, quoties liberi ex testamento atri succedunt. *l.1. C.de collat.* At in specie *d.l.* si donatione, fuit collaoni locus, quia ab intestato fuit successio delata. Verùm hodie *ex No.18.* tiam ex testamento inter liberos locum habet collatio.

Secundò vehementer inter se pugnant *l.vt liberis 17. in fi. C.de collat. cum l. nul. C. eo.* nam *in l.17.* statuitur, ea quæ parentes liberis in ipsa emanciatione donant, conferri. Contra *in l. penul.* statuitur, simplicem donatioem factam à patre liberis, non venire in collationem, nisi pater tempore onationis hanc legem suæ liberalitati imposuerit. Hæc antinomia vietur ita concilianda, quod *in d.l.vt liberis*, non agatur de simplici donaone, sed de donatione, quæ fit ob causam, puta quam parentes faciunt beris tempore emancipationis, vt habeant quo se ipsos, liberos, vxoım, suamque familiam honestè alere & tueri possint. *per l.vlt.C.de emanc. l.* Donationes verò ob causam, quales sunt donatio propter nuptias, & os, in collationem veniunt. *d.l.vt liberis. & l.filiæ.12. C.eo. Sed d.l.penult.* agit : simplici pura & propria donatione facta à patre filijs, quæ non confer-r. Ita tradit *Cynus ad d.l.vt liberis.C.de collat.* qui notat totam illam *l.vt liberis*, loqui de donatione ob causam, non de donatione simplíci. Adde uod *in l. Vt liberis, Imp. Leo* tradat ius vetus, cùm dicat se hoc pro tenore ræcedentium legum statuere. Verùm *in l.penult.* quæ est Iustiniani statuir ius nouum, quo derogatur antiquo iuri, ibique expresse statuitur, uod simplex donatio hodie iure novo non conferatur.

Porrò hæc decisio, quòd simplex donatio non conferatur inter libers, cessat duobus casibus. Primò si esset inæqualitas, vtputa quia vnus berorum accepisset dotem aut donationem propter nuptias, quam conferret, alius verò haberet simplicem donationem: tunc enim hinc inde collatio. Secundò si expresse dixit donator, vt fieret collatio. *d. l. pen.l. uando. §. & generaliter. C. de inoff. testa.* Non obst. *tex.* de iure novo, in uth. ex testamento. *C.de collat.* vbi traditur, quod ita demum cessat colio dotis, & aliorum datorum, si pater hoc expresse dixit. Ergo nihil cendo nec protestando semper habet locum collatio, quia *ille text.* det intelligi de donationibus ob causam, similibus doti, quia dictio alius, a, aliud, posita *in d.auth.ex testamento* est repetitium similium. *tex. in l.plur apochis.18. C. de fid. instr. tex. iuncta gl. in l.per diversas. C.Manda.* Itaque cum cit *in d.Auth.ex testamento*, quod cessat dotis, & aliorum datorum collatio, pater hoc expresse designavit, intellige aliorum datorum ob causam, ta dotis, vel donationis propter nuptias, & causa militiæ. Ita rectè no- *Accurs. in d. Auth. ex testamento.* Approbat & sequitur *Gomez. ad ll.Tauri. 9. nu.26.*

Dicitur

Dicitur autem donatio ſimplex, quando pater bona certa donat filiofam. inter viuos, quemadmodum talis donatio fit inter extraneos. Item quando pater emit fundos filij nomine, eique tradidit, cenſetur ſimplex donatio. *l. filiæ. C. Fami. erciſ.* Quando autem pater donat filiofam. bona aliqua, vt ea habeat in peculio, vtputa cùm dixit: Fili tene, do tibi iſtas res, & ſeparatim adminiſtra à rationibus & bonis meis; tunc filius non habebit ea præcipua, ſed venient in collationem. *l. certum. 15. C. Famil. erciſ. l. filiæ licet. 12. C. de collat. Petr. Iaco. in pract. libel. in integ. reſtit. in act. reſciſſ. perſonali.* Vide latius de hac quæſtione *Fachin. lib. 5. contro. c. 80. & lib. 6. c. 64. & 65.* vbi notat hanc ſententiam DD. magis eſſe communem. quod donatio ſimplex non conferatur inter liberos. *d. c. 80.* Idem tradit Vitalis in tracta. *de coll. quæſt. 1. nu. 1. 2. 3. 4. 5. & 6.*

ASSERTIO LXIX.

Fratrum filij ſuccedunt patruo in capita, non in ſtirpes, contra SONSBECIVM.

GRAVIS eſt & anceps inter DD. digladiatio, ſi fratrum filij ſoli inter ſe ſuccedant patruo, an tunc hereditatis diuiſio fiat in ſtirpes, an verò in capita. *Gl. Bart. Cyn. & Angel.* tradunt in ſtirpes eos ſuccedere. Quibus noviſſimè adſtipulatur *Sonſbecius in comment. feudo. parte 9. nu. 100. & multis ſeqq.* Verùm *Azo & Salyc. in Auth. ceſſante C. de legit. here.* docent eos in capita ſuccedere, hoc eſt, hereditatem patrui æqualiter inter ſe partiri, ſecundùm numerum perſonarum. *per l. 1. §. interdum. ff. Si pars here. pet. & l. 2. §. hæc hereditas. ff. de ſu. & legit.* vbi expreſſis verbis iſte caſus deciditur: quos ſequitur *Zazius in ſingul. intellect. lib. 1. c. 7. & Hotom. in illuſt. quæſt. quæſt. 14.* vbi affirmat, hanc ſententiam Galliæ parlamentis & in comitijs Germaniæ eſſe approbatam. Idem teſtatur *Guido Papæ quæſt. 143.* Sequuntur hanc opinionem *Donel. lib. 9. comment. c. 4. Vaudus libr. 1. quæſt. iur. c. 24. Harprecht. ad princ. tit. Inſt. de hered. ab inteſt. num. 368. & ſeqq. Duare. in conſuet. feud. cap. 8. nu. 11. & cap. 11. nu. 4. Cuiat. 2. feud. c. x1. Borcholt. c. 7. de feud.* Vide omninò, quæ ad hanc quæſtionem eleganter diſſeruit *Anto. Faber in diſputatione forenſi ſubiecta tractatui de re nummaria.*

Hæc concluſio probatur hoc inuicto argumento. Hereditas inter eos qui pari gradu diſtant, pariter æqualiterque diuidenda eſt. *d. §. hæc hereditas.* Cùm ergo fratrum filij pari gradu à patruo diſtent, æqualiter quoque inter ſe hereditatem diſtribuent, hoc eſt, in capita, & ſecundum numerum perſonarum.

Verùm

Verùm in contrarium adfertur *§.si defunctus*, *No.118.* vbi deciditur, quòd fratres & fratrum filij in hereditate patrui ſuccedant in ſtirpes. Reſp. Tunc demum fratrum filij in ſtirpes ſuccedunt, quando vnà cum ſuis patruis & auunculis ad hereditatem patrui ſui vocantur. Eo nanque caſu fratrum filij beneficio repræſentationis ſuccedunt, cuius repræſentationis hic eſt effectus, vt ſucceſſio in ſtirpes diuidatur. *Hotom. d. loco.* Repræſentationis enim iure venire, eſt in locum ac vicem patris ſui intrare, ac eam partem accipere, quam pater, ſi vixiſſet, habiturus eſſet, quod eſt in ſtirpes ſuccedere. Quod beneficium repræſentationis competit ſolis fratrum filijs, quando vnà cum patruis in ſucceſſione concurrunt, non quando ſoli inter ſe ſuccedunt patruo: quia tunc iure proprio, & ex ſua perſona, non alieno beneficio ſuccedunt. Itaque ſi ſoli veniant, in capita diuident hereditatem. Particula enim TVNC, qua *Imp. in d. No. 118. verſ. ſed & ipſis*, vtitur, extremitatem temporis ſignificat. *l.4. ff. de cond. & dem.* & præciſè reſtringit ſucceſſionem in ſtirpes ad eum caſum, quo fratrum filij cum patruis concurrunt, non cùm inter ſe ſoli ſuccedunt.

Secundò adfertur hoc argumentum. Fratrum filij excludunt patruum defuncti, qui ſimiliter in tertio gradu eſt. *d. §. ſi defunctus. verſ. illud palam eſt.* Hoc non fit alia ratione, quàm quia repræſentant patrem ſuum, qui ſi viueret, patruum defuncti excluderet, quia vno gradu ipſum præcedit. Ideoque filij fratrum ibi in ſtirpes neceſſariò ſuccedunt. Reſp. Hoc fit ideò, quia naturaliter ſucceſſio ab inteſtatò magis ad deſcendentes quàm ad aſcendentes deuoluitur, cùm votum hominum ſit, vt poſteris ſuis ſeu deſcendentibus potius, quàm maioribus, vel ijs qui parentum loco ſunt, bona ſua relinquant. *l. nam & ſi 15. ff. de inoff. teſta.*

Tertiò *Sonsbechius ex d §. vnde conſequens eſt.* No. 118. tale argumentum adducit: Ibi ſtatuitur, quòd ſi defunctus reliquit fratrem ex vno latere iunctum, & fratris ex vtroque latere coniuncti filios, quod hi fratris filij excludant in ſucceſſione patruum ex vno latere coniunctum. Quod fieri non poſſet, niſi illi fratrum filij patrem ſuum repræſentarent: cùm enim frater ex vno latere coniunctus præcedat eos vno gradu, non poſſunt fratrum filij eum à ſucceſſione excludere, niſi iure repræſentationis ſuccedant in locum patris. Itaque cùm veniant iure repræſentationis, debent in ſtirpes, non in capita ſuccedere, alioqui patrem non repræſentarent. Reſp. Ideò ibi fratrum filij in ſtirpes ſuccedunt, quia veniunt ad excluſionem patrui ſuperſtitis ex vno latere iuncti, neque inter ſe ſoli de ſucceſſione contendunt. Præterea idcirco ibi fratrum filij iure repræſentationis ſuccedunt in ſtirpes, quia ex duplici latere ſeu vinculo cognationis attingunt patruum defunctum, frater verò ſuperſtes ex vno tantùm

latere illi iunctus est cognatione: atqui duo vincula magis ligant quàm vnum.

Quartò opponit *Sonsbechius* §. *cæterùm si neque fratres, d.No.118.* vbi asseritur, quòd post fratres & fratrum filios reliqui cognati vocabuntur ad successionem in capita, & non in stirpes. Ergo si sint fratrum filij, succedent in stirpes, cùm successionem in capita admittat Imp. solum post fratres & fratrum filios. Resp. *Sonsbechius* non bona fide recitat textum, nam inseritur *in d.* §. *cæterùm, hæc clausula*, Si non extent fratres & fratrum filij, *sicut diximus*, tunc hereditas diuidetur in capita. At verò Imp. solum antè constituit, quid iuris esset in successione patruelium, quando vocantur cum proprijs patruis vel auunculis ad hereditatem patrui, non vbi inter se soli succedunt. Et hæc sententia, quòd patrueles cum inter se soli sunt, succedant patruo in capita, & non in stirpes, post varios conflictus DD. crebrius obtinuit, *& in Germania seruatur constitutione Caroli V. Imp. Anno 29. in Comitijs Spirensibus approbata, sub tit. Wie Bruder end SchWester Kindern. Forster.lib.8. de succes. ab intest. c.3. teste Minſ.cent.3. Obs.94. Vide Fachin. lib.6. controuer. c.3.* qui planè sententiæ nostræ suffragatur, & argumentis *Sonsbecij* solidè & copiosè respondet. Postremò notandum quod iure statutario Hollandiæ hæc sententia etiam observatur in successione feudorum, vti attestatur Celeberrimus I C. *Cornelius* Neostadius *in eleganti tractatu suo de successione feudi iuris scripti Hollandici.c.6. de succes. feud.pater.nu.7.* vbi ita scriptum reliquit. Soli autem fratrum filij ex *Azonis sententia*, post inextricabilem interpretum conflictum, & non nisi Imperatoria auctoritate decisam, viritim, seu in capita, defuncto patruo succedunt.

ASSERTIO LXX.

Donator non tenetur de euictione, nisi ad eam se nominatim obligauerit.

GENERALIS & certa iuris regula est, quæ recitatur *à Paulo libro 5. senten. tit.11.* quòd lucratiuæ rei possessores ab euictionis actione depelluntur: Cùm ergo donatio sit titulus lucratiuus, sequitur, quod donator euictionis nomine non teneatur, sed tradendo liberetur, ne liberalitatis suæ merito in damnum incidat, nisi illius rei periculum nominatim in se receperit. *l. Aristo.18.* §. *vlt.ff. de dona. l.2. C. de euict. l. Iulianus 1, 1.* §. *vlt. de V.O. Faber ad* §. *aliæ. Inst. de dona.* Additur & alia exceptio, nisi

nisi sciens & dolo malo rem alienam donauerit: tunc enim conueniri potest de dolo. *d.l. Aristo.§. vlt.l. ad res donatas.ff.de æd.edic.*

DD. communiter ita distinguunt. Aut donatio incipit à promissione, aut à traditione. Si à promissione, tenetur de euictione donator: si à traditione, non tenetur, sed communis illa distinctio non subsistit. Cur enim qui promisit se donaturum, grauius duriúsve deuincietur, quàm qui statim rem donauit? *Zoares in addit. ad Gomez. ad tit. de empt. & vend.* Refutatur & hæc distinctio solidè *per d.l. Iulianus. §. vlt.* vbi à præcedenti conuentione incepit donatio: & tamen textus decidit, non agi illo casu de euictione, sed traditione protinus reum liberari.

Obijcitur *l.1. C.de iu. dot.* vbi statuitur, quòd qui rem alienam in dotem dedit, si à traditione incepit, euictionem non præstat: Si autem à pactione & promissione incœpit, tunc quia non corpus, sed id quod interest donatarij, spectatur, euictio præstatur. Ergo quia donatio hodie nudo pacto & promissione perficitur, *l.si quis argentum 35. §.sed siquidem. C. de donat.* tenetur donator de euictione. Resp. Alia est causa donationis, alia dotis: nam dos non liberalitatis causa datur, sicut donatio, sed propter onera matrimonij. *l. dotem 16. ff. de castr. pecu.* & dos non est causa lucratiua ex parte eius, qui dotem accipit, sed onerosa. *l. ex promissione 19. ff. de obl. & act.* Itaque non est mirum quòd promissor dotis teneatur præstare, vt ea marito frui liceat. At iniquum est donatorem ex sua lîberalitate damnum facere. *l.50. ff. de re iud.*

Secundò obijcitur. Qui ad dandum tenetur, cogitur rem facere accipientis: *l.vbi autem 75.§.vlt. de V.O.* Sed donator tenetur ad dandum. Ergo & tenetur transferre dominium: *l.Senatus.35. §.1. ff. de mor.cau.dona.* & per consequens de euictione tenetur. Resp.Imp. ait *in l.si quis argentum. §.sed siquidem.C.de dona.* teneri donatorem res donatas tradere, & quod dicitur donatorem ad dandum teneri, hoc de ijs rebus accipiendum est, quas dare, id est, accipientis facere potest, hoc est, de rebus proprijs, non alienis.

ASSERTIO LXXI.

Donatio omnium bonorum, certæue illorum partis, valet.

COMPROBATVR hæc assertio *ex l.omnes.§.1.ff.Quæ in frau.cred.* vbi donatio omnium bonorum inter viuos valida censetur, nisi in fraudem creditorum facta sit. Secundò hanc decisionem expressa

constitutio Justiniani comprobat, *in l.si quis argentum. §. sed etsi. C. de dona.* vbi donatio assis bonorum, vel certæ partis efficax est & valida, ita vt totam substantiam donator tradere teneatur.

Verùm obijcitur, quòd per hanc donationem aufertur donatori libera testamenti factio, quia qui vniuersa bona sua donat, nihil retinet, de quo testari possit. Deinde per pactum efficit aliquem heredem, hereditas autem pactis non potest deferri. *l.4. C. de inut.stip.l.cùm duobus 52.* §. *idem respondit.ff. Pro soc.* Resp. Donatori semper aliquid relinquitur, vnde se tueri & testari possit, quia in generali obligatione & alienatione bonorum ea non continentur, quæ verisimile est specialiter quenquam alienaturum non fuisse: vt sunt vestes, supellex, iumenta, mancipia & ministeria necessaria: de quibus moribundus donator disponere potest. *l. obligatione. cum ll. seqq. ff. de pigno.* Secundò qui donat omnia sua bona, tantùm præsentia, non futura donare intelligitur: quia vocabulum sua vel mea denotat proprietatem, & ad præsens tempus restringitur. *l.si ita. ff. de au. & arg. leg.* Quia verò quilibet homo natura præsumitur industrius ad acquirendum, & bona sua labore & cultura in futurum amplificare velle censetur, qui omnia sua bona donat, cùm spem habeat futuræ acquisitionis, adhuc aliquid reseruat, de quo pro libito possit disponere & testari. *l. si creditoris. ff. de separa. l. si defunctus. C. Arbit. tute.* Concluditur itaque, donationem omnium bonorum inter viuos, quoad præsentia valere, quoad futura verò nihil actum censeri. *Hotom. in tract. de dona. circa. fin. Guid. Pap. cons.*114. Huic sententiæ subscribit *Ferra. in for. lib. pro dona.* vbi notat vtile consilium esse donatori, vt in vniuersali donatione reseruet sibi aliqua bona, de quibus possit testari. *Præs. Euer. cons.116. num.2.* vbi concludit quòd donatio omnium bonorum præsentium & futurorum non valeat: quia qui hoc modo donat, aufert sibi liberam testamenti factionem, cùm in hereditate eius nihil inueniatur tempore mortis, & sic nullius eius hereditatem vellet adire. *Auth. ingressi C. de SS. eccle. Inst. Ad l.Falcid. in princ.* Approbant hanc sententiam *Fachin. lib.6. contro. c.87. Clarus lib.4. recept. sentent. §. donatio. quæst.19. & 20.* qui notant hanc sententiam frequentissimis DD. suffragijs esse receptam & approbatam. Dissentiunt *Anto. Faber in error. pragmat. decade 48. erro. 6.7. & 8.* qui sustinet etiam donationem omnium bonorum, tàm præsentium, quam futurorum valere. Idem adstruunt *Vaudus lib.1. quæst. iur. c.31. Corras. lib.6. Miscel. c.16.*

Secundò quod asseritur in hac conclusione, in generali donatione bonorum tantùm contineri præsentia, non verò futura; contra id adfertur *l. vlt. C. Quæ respig. obl.* vbi statuitur, quòd obligatione seu oppignoratione bonorum simpliciter facta, continentur etiam bona futura, licet de ijs nihil

expressè

expressè dictum sit. Ergo & in donatione omnium bonorum simpliciter facta, continebuntur quoque bona futura: quia vterque contractus tam pignus, quàm donatio solo consensu perficitur. Resp. Diuersa est ratio inter donationem & oppignorationem bonorum: nam ideò futura bona non continentur in generali donatione bonorum, quia nimis magnum damnum & præiudicium ista interpretatio adferret donatori, quod non est in oppignoratione bonorum, cùm per hoc non plus debeat debitor, licet pro securitate debiti bona sua futura pignori obstringantur creditori. Ita tradit *Accur. in d. l. vlt.* Præterea non valet argumentum ab eo qui de lucro captando certat, vti fit in donatore, ad eum, qui de damno vitando contendit: quod in eo procedit, qui res suas, & bona sua pignori obligat.

ASSERTIO LXXII.

A reis capitalium criminum donationes factæ non valent, si condemnatio secuta sit.

PROBATVR hæc sententia *in l. post contractum 15. ff. de dona.* vbi euidenti textu comprobatur. vbi pro iis verbis, nisi condemnatio secuta sit quæ habentur in Pandect. Floreutius, legunt *Haloander* & *Hotom.* si condemnatio secuta fit.

Obijcitur *l. aufertur 46. §. in reatu ff. de iu. fis. & l. Reo 41. ff. de solu.* vbi dicitur, quòd ei qui in reatu constitutus est, bonorum suorum administratio non aufertur, eique rectè soluitur. Resp. Aliud est donare, aliud bona sua administrare. *l. filiusfam. 7. ff. de dona.* Vnde ex eo, quòd bona sua administrare potest reus criminis capitalis, non sequitur, quòd possit donare. Neque reus criminis liberam & plenam habet bonorum suorum administrationem. Quod inde colligitur, quòd *in d. l. Reo, & d. §. aufertur,* tantùm dicatur, debitores palam & bona fide ei soluere posse, vt scilicet habeat sumtus necessarios, vnde se alat reus, non vt clam, aut in fraudem fisci, seu pœnæ futuræ causa bona sua donet vel dissipet.

Secundo obiicitur *l. si aliquis 7. ff. de mor. cau. dona.* vbi dicitur, donationes factas inter viuos à reis capitalium criminum valere, si fiant sine suspicione pœnæ; donationes vero causa mortis, secuto supplicio remoueri vt imperfectas. Resp. Illa differentia inter donationem causa mortis, & donationem inter viuos tantùm ibi notatur, quod donationes causa mortis etiam ante crimen capitale factæ reuocantur, exemplo vltimarum

 volun-

voluntatum, quibus comparantur. Nam & testamentum ante admissum capitale delictum confectum, secuta sententia capitali ad nihilum redigitur. *l.6.§.irritum.ff.de iniuſ.rup.irr.l.8.ff.Qui teſt fa.poſ.* Donationes verò inter viuos, quæ post contractum crimen capitale factæ sunt, non valent, id est, reuocantur condemnatione secuta, ante verò crimen commissum factæ valent. Hodie quia ex constitutione Justiniani bona damnatorum ob delictum non publicantur. sed ascendentibus, & descendentibus, & cognatis ad tertium vsque gradum relinquuntur. *Auth. bona C. de bon. proſcrip.* ideò salua manet iis contrahendi & donandi potestas. *Weſem.in paratit. ad tit. de dona. in fi.* Ita pulchrè & eleganter tradunt *Cuiat.lib. Obſ.6.c.23. Anto. Fab.lib.6.coniect.iur.c.vlt.Hotom, in tract.de donat.*

ASSERTIO LXXIII.

Donatio inofficioſa pro modo legitimæ portionis reſcinditur: contra ANTONIVM FABRVM.

DONATIO inofficiosa, per quam liberorum legitima læditur, pro modo tantùm legitimæ portionis rescinditur à liberis, per querelam inofficiosæ donationis. Idque verum est, siue donatio immodica in liberos, sive in extraneos collata sit: *l.1.& 2. l.ſi totas 5.C.de inoff.dona.* tex. rotundus *in l. ſi liqueat 8. in verb. quod donatum eſt*, pro ratione quartæ diminuetur. *C. eo.* vbi malè hæc verba *pro ratione quartæ*, expugnenda notat *Faber, lib.3.coniect.c.17.*

Sed aduersatur vehementer *l.ſi vnquam. C. de reuo.dona.* vbi donatio immodica in extraneum collata, liberis postea susceptis, non ex parte, sed in totum reuocatur. Hæc antinomia tali distinctione conciliatur. Aut tempore immodicæ donationis pater nullos omninò habuit liberos; & tunc donatio in totum rescinditur. *d. l. ſi vnquam.* Aut pater habuit liberos; & tunc siue in liberos, siue in extraneos collata fuit donatio, reuocatur tantùm pro modo legitimæ. *d. l. ſi totas.* Ratio diuersitatis est, quia cùm pater liberos non habens, extraneis donat, non præsumitur habuisse animum donandi seu alienandi, liberis postea superuenientibus: non enim extraneos propriis liberis præsumitur voluisse præferre. *l. cùm auus 102.ff. de cond. & dem. l. generaliter. §.1.C. de inſt.& ſubſt.* Cùm verò tempore donationis liberi extant, tunc apertè de animo & voluntate alienandi constat, cessatque in eo donatore coniectura pietatis, quem satis apparet extraneos liberis

beris voluiſſe anteferre. Itaque cùm iſta donatio rata ſit & valida, eatenus tantùm reſcinditur, vt liberis legitima ſalua maneat. Hanc diſtinctionem tradit *Hotomannus in diſputatione de quarta legitima.*

Secundò repugnat *l. Titia Seio 87. §. Imperator. de leg. 2.* Cuius facti ſpecies talis eſt. Auia habebat duos nepotes; vni ex his omnia ſua bona donauit: reſcribit Imp. nepotem alterum reuocare poſſe donationem pro dimidia parte. Ibi nepos reuocat ſemiſſem totius donationis, ergo non reſcinditur donatio inofficioſa pro modo legitimæ liberis debitæ. *Reſp.* Quod ibi dicitur, donationem pro dimidia reuocari, non eſt intelligendum de dimidia totius donationis, ſed de dimidia quartæ portionis, ſiue ſeſcuncia, quæ iure veteri erat legitima portio liberorum. Hanc interpretationem confirmat diſertè *l. ſi mater. C. de inoff. dona.* Approbant *Cuiac. lib. Obſ. 5. c. 14. & lib. 20. c. 5.* vbi tradit hanc ſententiam eſſe veriſſimam, & legibus maximè conſentaneam. *Fachin. lib. 6. contro. c. 24.* Diſſentit *Faber loco prædicto*, qui donationem inofficioſam per querelam inofficioſæ donationis in ſolidum reuocari contendit.

ASSERTIO LXXIV.

Donatio omnium bonorum reuocatur, ſi donator poſtea ſuſcepit liberos, ſiue liberto, ſiue cuicunque aliȷ donauit. ſecundum communem DD. opinionem contra CONNANVM, CORRASIVM, HOTOMANNVM, DONELLVM, *&* ANTONIVM FABRVM.

CONTROVERTITVR an conſtitutio *l. ſi vnquam. C. de reuoc. dona.* locum habeat in omni donatore, hoc eſt, ſiue patronus liberto, ſiue quiuis alius omnia ſua bona extraneo donauit, an ea donatio reuocetur propter ſuperuenientes liberos. Et verior eſt ſententia, quòd ad omnes donatores extendatur, ſiue quis liberto donauerit omnia ſua bona, ſiue extraneo. Idque euidenter ſuadet ratio legis, quæ nititur hac coniectura voluntatis, quòd veriſimile, non ſit patrem donaturum fuiſſe extraneo, ſi de liberis cogitaſſet, quòdque ſemper in ſucceſſione proprios liberos extraneis præferre voluerit. *l. cùm auus. 102. ff. de cond. & dem. l. generaliter. 6. § cùm autem. C. de inſt. & ſubſtit. l. cùm acutiſsimi. 30. C. de fideico.*

Sed

Sed obiicitur, quòd verba legis tantùm de patrono loquantur qui liberto donat, vnde de alijs donatoribus non est lex accipienda. Idque maximè propterea receptum est, quia specialis quædam ratio obtinet in liberto, vt bona donata non retineat, si patrono superueniant liberi, propter summum libertatis beneficium collatum, quo libertus obstrictus est ad antidora erga patronum. Nam etsi nihil in bonis haberet patronus, teneretur tamen libertus eum & eius liberos ex bonis suis alere. *l. si quis à liberis. §. solent. & §. vtrum. ff. de agnos. libe.* Resp. Hæc quidem vera sunt in persona liberti, quòd facilius ab eo reuocanda sit donatio, quàm ab alio: sed tamen principalis & præcipua ratio, qua nititur decisio *d. l. si vnquam.* consistit in coniectura paternæ pietatis, quòd verisimile sit, patrem extraneos noluisse propriæ soboli præferre; neque probabile est, eum si de liberis cogitasset, extraneis donaturum fuisse. Hæc ratio valet in omnibus donatoribus, ergo & idem ius statuendum est. Sic enim & eadem æquitate Papinianus respondit, euanescere substitutionem à patre filio factam in restituendo fideicommisso, si filio nascantur nepotes: quòd verisimile non sit, testatorem cogitasse de nepotibus, cùm filio extraneos substitueret, & quòd alienas successiones propriis non voluisse anteponere præsumatur, vt dicitur *in d. l.* cùm acutissimi. Hæc sententia communi interpretum opinione comprobatur: proinde ab ea in iudicando & consulendo non est recedendum. A qua tamen discesserunt ex veteribus *Azo*, ex recentioribus *Corasius lib. 7. Misc. c. 30. Connan. lib. 5. Com. c. 10. Donel. & Hotom. ad d. l. si vnquam. Anto. Fab. lib. 7. coniect. c. 14. & 15.* qui volunt hoc singulariter in patrono obtinere, vt si ille donaverit liberto omnia bona sua, vel maiorem partem bonorum, quod ea donatio revocetur, si patrono superveniant liberi. Idque ex ea ratione, quod incivile sit libertum donationis viribus subnixum, summo iure agere cum patrono, cui non solum reverentiam debeat, sed etiam vitam, & quæ dulcior est vita, libertatem. Est enim libertas res inæstimabilis, & nullo auro, vel pretio nummario redimenda. *l. libertas 122. ff. de R. I. Terent. in Andr.* Feci è servo vt esses libertus mihi, Summum pretium quod habui, persolvi tibi. Propterea quod serviebas liberaliter. Postremò notandum, quod iure Canonico donatio omnium bonorum propter supervenientes liberos non revocetur. *c. vlt. 17. qu. 4.* cuius hæc sunt verba. Quidam cum filios non haberet, nec speraret, res suas omnes retento sibi vsufructu donavit ecclesiæ, nati sunt illi filij, reddidit Episcopus, nec etiam opinanti illi, qui donaverat, In potestate habebat Episcopus non reddere, sed iure poli, non iure fori. Pulchrè *Fachin. lib. 3. contro. iur. c. 86.* vbi egregiè demonstrat, quod *l. si vnquam, C. de revo. dona.* non habeat locum in donatione facta Ecclesiæ. Commu-

nem

nem opinionem defendunt ex Neotericis *Cuiac. lib. Obs. 20. c. 5. Fachin. lib. 3. contro. iur. c. 85.*

ASSERTIO LXXV.

Donatio inter coniuges morte donantis confirmatur, etiamsi stipulatione sit peracta, & res nondum tradita.

DONATIO inter coniuges constante matrimonio non valet; sed tamen morte & silentio donantis confirmatur. Ratio est, quia est species quædam donationis causa mortis, vtpote quæ morte confirmatur, & dominium verè post mortem transfert: *l. cùm hic status 32. ff. de don. in. vi. & vx.* Probat hanc decisionem apertè *No. 62. in princ.* vbi dicitur, etiamsi traditio non sit secuta, tamen donatio inter coniuges facta morte mariti confirmatur, si modò stipulatio interuenit. Idem confirmat *l. si stipulata 33. in princ. & d. l. cùm hic status. §. 1.* vbi dicitur, donationes inter virum & vxorem præmortuo donatore confirmari, vt & ipso iure fiant res eius cui donatæ sunt, & obligatio sit ciuilis. Quod postremum de stipulatione adhibita intelligendum est. Pugnant enim, rem alicuius fieri, & obligationem nasci. *l. 3. ff. de obl. & act.*

Obijcitur *l. Papinianus. ff. de don. int. vi. & vx.* vbi dicitur, donationes rerum tantùm inter coniuges morte confirmari, hoc est, eas tantùm donationes, in quibus traditio secuta est, morte confirmari, non verò si quid coniunx coniugi stipulanti spopondit. Resp. Quod ibi dicitur, donationes rerum inter coniuges morte confirmari, hoc ita accipiendum est, quòd confirmentur donationes quæ fiunt de præsenti, licet non tradatur res donata. Promissiones verò, quibus maritus vxori stipulanti spopondit se donaturum, non confirmantur, quia hæ donationes validæ & perfectæ non sunt, sed promissiones de donando in futurum conceptæ. *arg. l. 5. § stipulatio. ff. de V. O.* Idque ea ratione receptum est, quod facilius obligemur, quàm alicui donemus. *l. 4. in fi. ff. ad S C. Vell.* Vnde si in promissione vertitur donatio, quia annuum dari promissum est, conualescit donatio inter coniuges morte donantis. *d. l. si stipulata. Coras. lib. 5. Miscel. c. 1.* Si verò quis promittat alicui donaturum per verba de futuro, non censetur valida donatio, quia promittens hoc modo non donat in præsenti, sed paciscitur se daturum in futurum, eaque conuentio non est donatio, sed potius pactum de donando: quemadmodum qui promittit se venditurum, non vendit,

& qui promittit se mutuaturum, non mutuat. *l. qui pecuniam 30. ff. Si cer. pet. l. si sterilis 21. §. vlt. ff. de act. emp. Fab. ad §. aliæ, num. 1. & 2. Inst. de donat. Alcia. in l. si pacto quo pœnam. num. 2. & 3. C. de pact.* Aliam solutionem vide apud *Anto. Fabr. in erro. pragm. decad. 42. erro. 6.*

ASSERTIO LXXVI.

Ius venandi feras cuique iure gentium permittitur.

VENARI & aucupari tam in solo publico quàm priuato, tam in proprio quàm alieno fundo, item piscari in flumine publico cuilibet est permissum. Hic enim modus acquirendi dominij omnium vetustissimus, scilicet occupatio ferarum, iure naturali est introductus, in quo hæc regula valet; Quòd omnia animalia, quæ cœlo, terra, marique capiuntur, id est, feræ bestiæ, volucres & pisces, capientium fiunt. *l. 1. ff. de acqu. rer. dom. §. feræ. Inst. de rer. diui.* Quæ assertio etiam iure divino comprobatur. Sic enim Deus Opt. Max. Adamum & Evam, & in persona eorum omnes Adami posteros alloquitur. Subijcite vobis terram, & dominamini piscibus maris, vola tilibus cœli, & animantibus vniversis, quæ moventur super terram. *Genes. 1. vers. 26. 27. & 28.* Cui consonat *testimonium Davidis, Psal. 8.* Constituisti hominem dominatorem super omnia manuum tuarum, omnia subiecisti sub pedibus eius. Oves & boves omnes & pecora campi, volucres cœli, & pisces maris, qui perambulant semitas maris. Nec interest, siue in suo fundo, siue in alieno quis venetur feras vel aucupetur aves, nam vtroque casu, quod quisque venando vel aucupando capit, id ipsius proprium efficitur. *d. §. feræ. l. 3. ff. de acq. re. do.* Hanc sententiam probant *Wesem. in d. §. feræ. & in parat. de acq. re. do. num. 7. Couarru. in c. peccatum. par. 2. §. 8. num. 5. Costal. ad l. Divus 16. ff. de seru. rust. præd.* A quibus dissentit *Cuiac. lib. 4. Obs. c. 2.* vbi decidit, feras, postquam dominus alium prohibuit fundum suum ingredi venandi gratia, non fieri capientis, *per l. in laqueum 55. de acq. rer. do.*

Obijcitur, quòd qui alienum agrum ingreditur, venandi gratia, potest à domino, si is præuiderit, prohiberi. *l. Diuus. ff. de ser. rust. præd. d. §. feræ.* additurque, non licere inuitis dominis in alienis prædijs venari. Ergo non videtur, quòd qui cœpit feram in alieno agro, eam suam faciat. Resp. Potest quidem ingrediens venandi gratia alienum fundum, à domino prohiberi, teneturque ingrediens contra voluntatem domini actione in factum, vel iniuriarum, *arg. l. qui pendentem 25. ff. de act. emp. l. item apud 15. ff. de iniur.* sed nihilominus captam auem vel bestiam suam facit, quia non

captura

captura ferarum, sed ingressus fundi prohibetur. Iniuriam enim facit, qui inuito domino alienum fundum ingreditur, sed non committit iniuriam, qui capit id, quod nec eius domini est, nec cuiusquam alterius. *d. l. in laqueum. l. iniuriarum 13. §. vlt. ff. de iniur. Donel. lib. 4. com. c. 8.* Dissentit *Cuiat. lib. 4. Obser. c. 3.* qui tradit captam feram in alieno fundo invito vel prohibente domino non fieri capientis, *per l. in laqueum ff. de acqu. rer. dom.* Si tamen fructus fundi in venatione consistat, tunc capta fera in alieno fundo non fit capientis. *l. venationem 26. ff. de vsur.* Ita notant *DD. in d. §. feræ. Inst. de rer. div.*

Secundò obijcitur, quòd nouissimo iure Feudorum *Imp. Fredericus prohibuit in §. si quis rusticus. vers. nemo retia. de pace tenen. in Vsib. feud.* ne quis rusticus vel agricola possit venari cum armis, nisi solos apros, lupos, vrsos, leones, & huiusmodi feras nocentes. Resp. Hæc venandi facultas, quæ olim omnibus ex æquo fuit communis, iure nouissimo nonnihil restricta est, & rusticis venatio interdicta, ne ab agricultura vitæ humanæ maximè necessaria nimio venandi studio auocarentur. Dissentit ab hac sententia *Wesenb. in paratit. ff. de acq. re. dom.* vbi defendit, quod solis Principibus in locis publicis ius & facultas venandi competat. In privatorum prædijs ita demum solis Principibus venandi ius tribuitur, si privatos prohibuerint à venatione, atque illi huic provisioni acquieverint. *c. vnic. in verb. reditus piscationum. Quæ sint regal. In vsib. feud.* Dissentit etiam post alios *Fachin. lib. 1. contro. c. 1.* vbi defendit Principes iusta causa subsistente, venationes subditis prohibere posse, vbi etiam addit, venantes contra Principis edictum, pœna pecuniaria, item carceris, relegationis, imò etiam corporali, nec non capitali pœna afficiendos, si modò sæpius, quam semel aut bis contra Principis edictum feras sint venati, iuxta illud sacræ scripturæ axioma. Qui Principi non obedierit, morte moriatur.

ASSERTIO LXXVII.

Præda ab hostibus capta fit capientis.

PRÆDÆ loco militibus victoribus ea cedunt iure gentium, quæ in iusto & legitimo bello capiuntur ab hostibus. *§. item ea quæ. Inst. de rer. diui. l. 5. §. vlt. cum ll. seqq. ff. de acqu. rer. dom.* In quo tamen acquirendi modo hæc obseruatur distinctio, vt mobilia capta ab hostibus fiant capientium: immobilia autem, vt agri ex hostibus capti, publicentur, & fisco seu Principi, qui bellum indixit, applicentur. *l. si captiuus 20. §. 1. ff. de capt. & postl. reuer.*

Sed obijcitur *l.pen. ff. Ad l.Iul.pecu. & l.pen.§.simili. C. de dona.* vbi deciditur, etiam res mobiles ex prædatione hostium ablatas publicari, & in fiscum redigi, neque cedere prædæ militum. Idem traditur *in l. Divus 31. ff de Iur. fis.* vbi dicitur, captivorum bona in fiscum omninò esse redigenda. Resp. Quod dicitur, spolia ab hostibus capta effici capientium, hoc intelligendum est de rebus, quas per excursiones milites ab hostibus diripiunt: hæ enim quibuscunque occupantibus militibus relinquuntur. Aliud dicendum est de præda, quæ in aperto conflictu seu exitu belli occupatur post victoriam: hæc enim solet à ducibus belli pro merito cuiusque inter milites distribui: quemadmodum & prædia ab hostibus capta, & in publicum redacta, militibus sæpè pro emerito militiæ labore adsignantur. *l. in agris 16.ff.de acq.re.do.l.Lucius 11.ff.de euict. l.item si verberatum 15.§.1.ff.de rei vend.Cuiac. lib. Obs.19.c.8. VVesem. ad d.§. item ea quæ.* Ita tradit quoque *Bart.* iuris lucerna *in l.naturaliter.§.vlt.ff. de acqu. poss.* Quem sequuntur *Salicet. in l.ab hostibus. C. de capt. & postl.rev. & Grammat. decis. Neap.71.* vbi refert hanc distinctionem iudicando in regio concilio Neapolitano esse approbatam. Et hæc sententia comprobatur quoque iure divino Sic de dividenda præda ab hostibus capta extat præceptum Dei. *Deuter. 20. vers.14. hisce verbis.* Omnem prædam exercitui divides, & comedes de spolijs hostium tuorum, quæ Dominus Deus dederit tibi. Item *Iosue 22.vers.8.* Dividite prædam hostium cum fratribus vestris: Quæ lex etiam repetitur *à Moyse, Numeri 31. vers.26. hisce verbis.* Dixitque Dominus ad Moysen Tollite summam eorum quæ capta sunt ab homine vsque ad pecus, divideśque ex æquo prædam inter eos qui pugnaverunt, & egressi sunt ad bellum, & omnem reliquam multitudinem, itaque Moses devictis Madianitis, prædam omnem in cumulum referri iussit, & eam divisit pugnantibus, & reliquę multitudini. Quanquam dicatur *vers.53.* Vnusquisque quod in præda rapuerat, quod suum erat, hoc intelligi potest, quod sit quidem capientis, sed postea debeat tradi Duci exercitus pro divisione facienda, & sic etiam docet *Panorm.observari ad c ficut.29. ex de iureiu.per c.dicat.23. q.4.* Quæ lex etiam facto Davidis Regis in Israël est comprobata, vt æqua pars sit prædæ post victoriam, pugnantium, & eorum qui remanserunt ad sarcinas. *1.Reg.30.vers 24. & sequ.* Sic & lex fuit antiqua Francorum, vt præda à militibus in vnum locum deferretur, & postea inter ducem seu Regem, & milites sorte divideretur. Quod tradit *Aymonus libr.de gestis Francorum.c.12.* Vide latius de hac quæstione *P. Gregorium lib. XI. de Repub. c.10. in c. de legibus quibusdam erga hostes.*

ASSER-

ASSERTIO LXXVIII.

Bonæ fidei possessor naturales & industriales fructus consumtos suos facit.

ANCEPS & in vtranque partem agitata est quæstio, quos fructus bonæ fidei possessor suos faciat. In quo articulo illud indubitatum est, quòd industriales fructus bonæ fidei possessor lucretur, propter ılturam & operam suam quam impendit, postquam scilicet eos percept & consumsit. *§. si quis à non domino. Inst. de rer. diui. §. etsi hereditas. Inst. off. iud. l. bonæ fidei 48. ff. de acq. rer. do.* Naturales fructus nullus possessor ıos facit, vel lucratur sola perceptione quoque, sed bonæ fidei possessor ıcratur fructus naturales per consumtionem.

Probatur hoc primò *per d. l. bonæ fidei. & l. 4. § 2. ff. Fin. reg.* vbi dicitur, uòd bonæ fidei possessor non tantùm eos fructus suos facit, qui opera : diligentia sua prouenerunt, sed omnes. Quod *d. l. 4.* ita declarat & stringit, vt non perceptione sola fructus suos faciat, sed ita demum, vt onsumti non condicantur. Secundò probatur hoc euidenter *per l. 4. §. na. ff. de vsucap.* vbi dicitur, quòd lana ouium, quæ refertur inter fructus aturales, item agni sint bonæ fidei possessoris, postquam consumti sunt. Quamdiu verò extant, non acquiruntur bonæ fidei possessori, & possunt domino vendicari: sed postquam ab eo consumti sunt, conciliatur & onfirmatur dominium fructuum per consumtionem. *l. quæsitum 40. in fi. de acq. re. dom. Accuratè Goueanus libro 2. Variarum lectio. c. 15. Anton. Fab. lib. 4. niect. iur. c. 17. Vulteius libro vnico Scholast. disceptat. c. vlt.*

Obstat grauiter huic sententiæ *l. fructus 45. ff. de vsur.* vbi deciditur, quòd aritus fructus naturales perceptos ex re sibi donata ab vxore non luatur. Resp. Ibi maritus non habuit iustum & validum titulum, cùm onatio inter virum & vxorem iure non valeat. At verò vt bonæ fidei possessor lucretur fructus, oportet eum iusto titulo possidere. *Wesem. ad d. §. si uis à non domino.* Nec obstant illa verba subiecta *in d. l. fructus.* non sit eius, uctus scilicet naturalis, sicut nec cuiuslibet bonæ fidei possessoris: quia erba illa, nec cuiuslibet, non vniuersaliter, sed partitivè & distinctiuè ınt accipienda; quasi dicat IC. non cuiuslibet bonæ fidei possessoris ınt fructus naturales, sed alicuius, qui scilicet iustum titulum habet: uemadmodum à simili dicitur, Non cuiuis homini contingit adire Conthum, id est, alicui tantùm homini, contingit adire Corinthum.

Sed tamen iterum *d.l.fructus, aduersatur l.pro oneribus. C.de iur.dot.& l.si fructus. C.de dona. inter vi.& vx.* vbi indistinctè traditur, quòd omnes fructus tam industriales, quàm naturales etiam consumtos à marito sibi donatos vxor reddere teneatur, in quantum facta est locupletior. Resp. Quando prædium donatum est à viro vxori, vel è conuerso, tunc vxor lucratur fructus industriales. *l. de fructibus 17. ff. de don. int. vi. & vx. d.l.fructus.* Sed si ipsi fructus sunt donati, non valet donatio, & repetuntur, quantum scilicet ipsa est facta locupletior. Ita notat *Accur. ad d.l.de fructibus.*

Secundò obijcitur, quòd possessor hereditatis, licet sit bonæ fidei, tenetur etiam fructus consumtos restituere, quatenus ex ijs factus est locupletior. *l.20. §.fructus. l.sed etsi 25.§.consuluit, cum §.seq. l.cùm hereditas 56. ff. de pet.hered.* Resp. Hoc ius singulariter introductum est in petitione hereditatis, ex duplici ratione: prima, quia possessor hereditatis caret titulo: Titulus enim pro herede non est iustus, sed putativus. *l.pro herede 11. ff. de pet.hered.* altera, quia fructus augent hereditatem, tanquam ius vniuersale, & petuntur iure actionis, perinde atque ipsa corpora hereditaria, non iudicis officio, sicut in rei vendicatione fructus restitui petuntur. *l.1.& 2. C.de pet.here. l.item veniunt 20.cùm ll.seqq.ff. de pet.here. Wesem.d.loco.*

ASSERTIO LXXIX.

Si quis ex aliena materia bona fide nouam speciem fecit, quæ ad pristinam materiam reuerti nequit, fit facientis.

SPECIFICATIO est modus acquirendi dominium iure gentium, in quo hæc regula obseruatur. Quod qui ex aliena materia bona fide nouam speciem effecit, quæ ad priorem materiam reuerti non potest, hanc sibi acquirit. Veluti si quis ex alieno hordeo coquat cereuisiam, vel ex alienis tabulis faciat nauem vel ædificium. *l.7. §. cùm quis ex aliena. l. in omnibus 24. l.sed si ex meis 26. ff.de acq. re,do.§.cùm ex aliena.Inst.de rer.diui.* Ratio est, quia forma dat esse rei, sed is qui facit nouam speciem, addidit formam. Ergo cùm primus produxit rem in rerum naturam, meritò facienti debetur dominium. *l. Iulianus.9. §.si quis, ad exhiben.*

Obijcitur huic decisioni hæc regula ICtorum. Quod ex re mea superest, id meum est, eiusque vendicandi ius habeo. *l.solum 49. §.1.ff. de rei vend. d.l.Iulianus. §.si quis ff.ad exhib.* Resp. Vera est ista regula, eo casu, quo quis sciens ex aliena materia fecit nouam speciem, hic non est nouæ speciei dominus,

dominus, sed contra eum superest materiæ domino ad exhibendum actio. De eo enim apertè loquitur *Paulus in d.§.si quis.* Vnde apparet eum, qui bona fide nouam speciem fecit, eum speciei dominum futurum. Ita notat *Donel.lib.4. com. iur. ciu.c.12.* Vel dicendum, quod ex re mea non mutatum superest, hoc meum est, & id vendicare possum, quia ad pristinam causam reuerti potest. Cùm verò nova species efficitur, quæ non potest reduci ad pristinam materiam, tunc prior res extincta censetur, ideoque à quo est species noua effecta, eius est meritò ipsa res nouiter facta, *l. mulieris 13. de V.S. l.quid tamen 10. §.3.ff. Quib. mo. vsufr. amit.*

Secundò aduersatur regula iuris, quæ dictat: Neminem locupletari debere cum alterius iactura. *l.nam hoc natura.ff.de cond. inde.* Quod videtur hoc casu fieri: nam is qui fecit nouam speciem, locupletior fit ex re aliena, cum iactura domini materiæ. Resp. Hoc casu domino materiæ consultum est actione in factum, contra eum, qui nouam speciem fecit, qua materiæ suæ amissæ æstimationem consequitur. *l. in rem 23. §. item quæcunque. vers. ideoq; in omnibus.ff.de rei vend.*

Postremò opponitur *l.Minicius 61.ff.de rei vend.* vbi traditur, quòd nauis eius sit, ex cuius materia facta est, non autem eius, qui nauem ex alienis tabulis extruxit. Resp. *In ea l.* refertur sententia Sabinianorum, qui indistinctè dominium nouæ speciei addicebant domino materiæ, quæ tamen sententia non obtinuit. Nam cùm Sabiniani dominium nouæ speciei tribuerent domino materiæ, eò quòd sine materia nulla species effici posset, Proculiani verò addicebant ei, qui nouam speciem fecit; media sententia aliornm I C torum extitit, qui hoc dissidium ita composuerunt, vt si species resolui possit in pristinam materiam, eius sit, cuius fuit materia, vt si ex alieno ære facta sit statua, quæ facilè resolui potest in æs. Contrà nouæ speciei dominus sit qui fecit, si non possit species resolui in pristinam materiam. Itaque si quis ex alienis tabulis nauem fecit, nauis eius erit, qui fecit, quia nauis in tabulas resolui non potest. *d.l. sed si ex meis.* Eaque sententia probata est *à Iustiniano in d.§.cùm ex aliena.* Aliter & novè statuit *Anto. Fab. lib.6.c.vlt.* vbi vult speciale ius obtinere in eo, qui ex alienis tabulis navem extruxit, quod scilicet pertineat navis ad dominum materiæ, seu tabularum. Idque specialiter receptum est in navi ædificata, propter eam rationem, quam *I C.in d.l.Minicius* subiungit, quia proprietas navis carinæ causam sequitur, hoc est, quoniam carina veluti solum navis est, cui superficies cedit, sicuti ædificium solo cedit, quia neque ædificium sine area, neque navis sine carina subsistere potest.

ASSER-

ASSERTIO LXXX.

Thesaurus in loco publico vel religioso inuentus, pro dimidia inuentori, pro dimidia fisco cedit.

GRAVIS hîc occurrit antinomia. Nam *in §. thesauros. Inst. de rer. diui.* scribit Justinianus, eius esse thesaurum, qui eum in sacro aut religioso loco inuenit. Contrarium *in l. 3. §. vlt. ff. de iu. fis.* Diui fratres constituunt, videlicet si in locis publicis, religiosísve thesauri reperiantur, quòd media pars fisco vindicetur. Variæ sunt ad hanc obiectionem responsiones: sed mihi maximè placet conciliatio *Hotomanni in d. §. Thesauros, & Charondæ lib. 1. πιθανῶν,* quam & probant *Alciatus lib. 7. Parergôn. c. 1. in fi. & Franc. Conna. lib. 3. comment. Iur. cap. 1.* qui statuunt distinguendum esse inter locum sacrum seu religiosum, quòd alius locus sit sacer quodammodò priuatus, veluti quem quisque sibi constituit illatione mortui in proprium & familiare sepulchrum, in cuius fundo maiores sui sunt sepulturæ conditi; habebant enim veteres sua familiaria & hereditaria sepulchra. *l. 5. & 6. ff. de relig.* Quem thesaurum ibi quis inuenit, sibi vendicare potest, tanquam in suo loco fundóve repertum. Ita accipiendus est *d. §. thesauros.* Diuorum verò fratrum rescriptum de ijs locis sacris accipiendum est, in quibus est aliquod ius fisci, & quæ publica authoritate sunt constituta, vt sunt templa & cœmiteria moribus nostris. In his thesaurus pro dimidia fisco cedet, pro altera parte inuentori: eò quòd sacrorum seu religiosorum locorum cura ad Principem spectat, *l. 1. & vlt. ff. Ne qu. in lo sacr.* Et hæc distinctio comprobatur *nouissimo iure Feudorum c. vnic. quæ sint regal. lib. 2. feudo. tit. 46.* vbi dicitur, quæ in locis sacris vel religiosis reperta sunt, quòd horum dimidia pars Cæsari cedat. Aliter dissoluit hanc antinomiam *Forner. lib. 2. selection. c. 26. Aliter Contius ad §. Thesauros. Inst. de rer. div. Aliter Ioannes Robertus lib. 1. recept. iur. ciuilis Lectionum. c. 5.* Denique *Anto. August. in. lib. 1. emendat. iur. c. 3.* tradit hæc duo loca, scilicet *§. religiosum Inst. de rer. diuis. & l. 3. §. si in locis. ff. de iur. fis.* adeò contrariâ & pugnantia esse, vt nulla ratione possint conciliari. Quem sequitur *Nicolaus Genoa in tractatu de conciliationibus legum contrariarum, in conciliatione dissidij inter d. l. 3. §. si in locis. ff. de i. fis. & d. §. thesauros.*

ASSERTIO LXXXI.

Dominum sine possessione acquiri non potest.

PROBATVR hæc thesis *in l. cum res. C. de proba. l. qui prædium. C. de dist. pig.* Ratio propositionis est, quia causa efficiens dominij est voluntas transferentis & accipientis; materia, res de qua fit conuentio; forma, traditio & apprehensio vacuæ possessionis. *l. 1. ff. de acq. pos.* vbi dicitur quòd dominium rerum cœpit ex naturali possessione.

Obiicitur *l. quisquis. C. de dona.* vbi rei donatæ dominium transfertur sine traditione, per solam retentionem vsusfructus. Resp. Qui retinet rei donatæ vsvmfructum, vi ipsa possessionem, & per consequens proprietatem tradidisse videtur. Eo ipso enim quòd vsufructuarius esse voluit, videtur ad alium transtulisse possessionem, eumque suo ministerio fecisse possessorem. *l. quod meo* 18. *ff. de acq. poss.* & per consequens dominum: quia qui dominus est, vsufructuarius esse non potest: cum res sua nemini seruiat. *Gl. elegans in d. l. quisquis.*

Secundò obiicitur, quòd rei hereditariæ & legatæ dominium ipso jure transfertur in heredem & legatarium, quamuis eius possessionem nondum sint nacti. *l. à Titio* 64. *ff. de furt. l. legatum* 80. *de leg.* 2. Resp. Hoc ideò fit, quia iure ciuili & legibus XII. tab. illud introductum est, vt dominia rei legatæ, & rerum hereditariarum directò à testatore in heredem & legatarium transeant, vt extrema defunctorum iudicia citius ad exitum perducantur: quamuis possessio defuncti non transeat ad heredem sine corporali apprehensione possessionis. *l. cùm heredes* 23. *ff. de acqu. pos.*

Tertiò obiicitur *l. si fundum. ff. de fun. dot.* vbi mulier fundum quem alter bona fide possidebat, & propè iam vsuceperat, marito in dotem dedit, quem fundum maritus dicitur posse vendicare. Vnde apparet fundi dotalis dominium ad maritum translatum esse, licèt vacua possessio non sit ei tradita, vtpote cùm ab alio possessio eius detineretur. Resp. Ibi dominium fundi dotalis non est per traditionem translatum in maritum, sed mulier actionem sibi pro fundo dotali competentem transtulisse censetur in maritum: quo facto fundum dotalem tradidisse intelligitur, quia dotis datio habet vim cessionis actionum. Ordinariũ nanque & vulgare est, vt mulier nomen vel actionem in dotem det: quod tunc facere intelligitur, cùm rem dotalem dare aut tradere non potest. Præterea dicitur etiam mulier rem doti dare, quando promittit vel destinat se doti daturũ, licet traditio nondum sit secuta. *l. si rem æstimatam* 14. *cum l. seq. ff. de iu. dot. Cont. lib. 1. disp. c.* 8.

Quartò obijcitur *l. commissoriæ C. de pact. int. emp. & l. 1. C. de dona. sub mo.* vbi dominium ſine traditione, vel vacuæ poſſeſſionis apprehenſione acquiritur. Reſp. Non nouum dominium ibi acquiritur, ſed vetus, quod ante habuerat dominus, retineri fingitur: quia ea lege & conditione res erat tradita ab initio, vt ſtatim rediret ad dominum conditione commiſſa. Vide plenius & vberius de hac quæſtione diſſerentem *Franc. Hotom. in illuſtr. quæſt. quæſt. x1.* vbi ſeptem obiectionibus contra hanc aſſertionem allatis eruditè & ſolidè reſpondet. Amplectuntur & probant hanc ſententiam. *Conna. lib. 1. comment. iur. cap. 8. Minſ. cent. 1. Obſ. 53. Godæus ad l. 188. ff. de V. S.* Contrariam ſententiam, quod etiam ſine poſſeſſionis traditione dominia transferuntur, tenent & ſequuntur, *Donel. lib. 4. comment. iur. c. 19. Philip. Matthæus ad l. x1. ff. de R. I. Petrus Gilken. ad l. 12. C. de probat.* vbi idem tradunt *Cynus. Bartolus, Baldus, Salycetus, Angelus & Fulgoſius.*

ASSERTIO LXXXII.

Vnum tantùm eſt genus poſſeſſionis, & duo in ſolidum eiuſdem rei poſſeſſores eſſe non poſſunt.

PRIMA concluſionis pars confirmatur hiſce rationibus. Primò ad poſſeſſionem requiritur rei corporalis apprehenſio, & tunc dicimur poſſidere, cùm rei corporaliter & naturaliter inſiſtimus. *l. 1. ff. de adq. poſſ. l. nemo. C. eo.* Sed hæc corporalis rei detentio penes plures eſſe nequit: Ergo nec plures eandem rem poſſidere poſſunt, hic ciuiliter, ille naturaliter. Secundò id probat *l. 3. §. pen. ff. de acq. poſ.* vbi dicitur, vnum eſſe genus poſſidendi, cauſas verò ſeu modos acquirendæ poſſeſſionis eſſe plures. Tertiò conuincitur hoc manifeſtè ex definitione poſſeſſionis, quòd poſſeſſio ſit detentio rei corporalis, cum animo & opinione domini. *Theop. ad tit. Per qu. perſ. cuiq. acqu. l. 1. §. Scæuola ff. Si quis teſt. lib. l. ſi ſeruus 22. §. 1. de nox. act. l. pen. C. de furt. in verb. cogitatione domini.* At dominium penes duos ſimul eſſe non poteſt, & per conſequens non ſunt duæ poſſeſſionis ſpecies, vna ciuilis, altera naturalis. *l. duo. ff. de preca.* Concludendum igitur, quòd ciuilis poſſeſſio differat à naturali, non ſubſtantia, ſed qualitate. Propriè eſt vnum poſſeſſionis genus, in quo duo concurrunt, animus & factum, puta vt quis rem corporaliter teneat, & animo ſeu opinione domini poſſideat. Hæc ciuilis poſſeſſio eſt, quæ ex iuſta cauſa acquirendi dominij poſſidetur & apprehenditur ab eo, qui ſe dominum

dominum credit. Ideò ciuilis dicitur, quia iure ciuili maximè defenditur & approbatur. *d. l. nemo.* Naturalis possessio, quæ & corporalis dicitur, est, quando quis corporaliter rem tantùm detinet, non animo & affectione domini, sed tamen iure aliquo & affectione sibi habendi. *l. stipulatio. § hæc quoque. ff. de ver. obl. l. si eum qui 26. ff. de dona. int. vi. & vx. Cuiac. in parat. C. de acqu. poss. & lib. Obs. 9. c. 33.* Sic fructuarius & creditor, cui pignus à debitore traditum est, possident naturaliter, quia non possident animo domini, sed alio quodam animo & iure. Sic creditor iure pignoris possidet, non animo & cogitatione domini. *l. cùm & sortis 35. §. vlt. ff. de pig. act. l. per seruum 37. in princ. ff. de acq. poss.* Hæc naturalis possessio, non propriè & absolutè, sed abusiuè possessio dicitur. *l. naturaliter. ff. de acqu. pos. l. 2. §. 1. ff. Pro here. Contius lib. 1. disp. c. 9.* Pulchrè *Hotom. c. 20. Obseruat. in Pandect.*

Quod attinet ad alteram thesis partem, fuit hic articulus diu multumque agitatus inter Proculianos, & Sabinianos: sed si verum pressius intueamur (Proculianorum sententia, tanquam iuri & rationi magis consentanea, probata) duo eandem rem in solidum possidere non possunt. Sabiniani tamen existimarunt duos in solidum vnius rei possessores existere posse, vt vnus iustè, alter iniustè possideat. *l. 3. §. ex contrario ff. de adqu. poss.* Vt in precario accidit, is qui precariò rogauit, & qui precario accepit, vterque possidet. *l. & habet. §. eum qui. ff. de preca.* Verùm sicut paria sunt, aliquid nullum esse, aut iniustum & vitiosum esse: *l. quoties. ff. Qui satis. cog.* sic & hoc casu precaria possessio tanquam iniusta & vitiosa pro nulla habetur. Nam is qui precariò dedit, ab eo qui precariò accepit, possessionem quandocunque vult, auferre potest. *l. qui precariò ff. de preca. l. 1. §. vlt. ff. Vti poss.* Similiter ego possidere possum iusta ex causa animo, tu eandem rem vi aut clam nihilominus tenere potes: sed iudex meam solùm possessionem tuetur. Ego enim semper ob id pro possessore habeor, quia competit mihi interdictum vnde vi, vel de clandestina possessione ad recuperandam possessionem, & sic in controuersia possessionis superior sum. *l. si quis vi. ff. de acq. pos.* Vnus igitur tantùm potest esse verus rei dominus, vel possessor in solidum. *l. si vt certo. §. si duobus. ff. Commod.* Possessio non admittit consortem in solidum, sicut nec dominium.

ASSERTIO LXXXIII.

In amittenda possessione non opus est animo & corpore: sed aliquando solo animo, aliquando solo corpore amittitur possessio.

NON sicut ad acquirendam possessionem animo & corpore opus est, ita in amittenda possessione vtrunque requiritur. Probatur *per l.3. §.in amittenda. ff.de acq.poss.* vbi dicitur, solo animo amitti possessionem, quamuis corpore retineatur.

Cui tamen obstat *l.quemadmodum.8. ff. de acqu. poss. & l. ferè 153. ff. de R.I.* vbi dicitur, quòd simul vtrunque requiratur in amittenda possessione, affectio scilicet & animus, item corpus & factum. Huc referenda est *l.peregrè 44. §. vlt. ff.de acq. pos.* vbi dicitur, si id quod corpore alieno posside-bam, veluti per colonum, aliquis ingressus vi colonum deiecerit, me ignorante, amitto possessionem. Ergo in amittenda possessione non requiritur animus, ignorans non habet animum. Resp. Tria sunt genera possessionum. Quarundam rerum possessionem retinemus solo animo, quarundam animo nostro & corpore alieno, quarundam animo nostro, & corpore nostro. Primo, veluti saltuum æstiuorum & hybernorum: secundo, vt per corpus serui, coloni, inquilini: tertio, vt res quibus incubamus. Amittitur possessio solo animo, præcipuè rerum, quas possidemus solo animo, vt sunt saltus hyberni vel æstiui, quos certis tantùm temporibus corpore nostro detinemus: *l.3. §. saltus. ff de acq. pos.* Horum possessionem amittimus solo animo, quia & eorum possessionem solo animo retinemus, licet corpore nostro ijs saltibus non incumbamus. *l. 4. C.de acq. poss.* Interdum & solo corpore amittitur possessio, veluti cùm per ministerium alterius possidemus. *d.l.peregrè. §.vlt.* Hoc indicat *particula* FERE. *in d.l. ferè. de R.I.* posita, quæ modum acquirendæ & amittendæ possessionis claudicare designat. *Cuiac. ad tit. Inst. de interd. & ad tit. C. de acq. poss.* Hanc sententiam approbat & *Contius lib. 1. disput. c.9.* vbi asserit, in amittenda possessione satis esse considerare animum, quia cùm animo desino possidere, simul & corpore desinam possidere necesse est: quia inuito animo corpus nihil possidere potest, & remoto possidendi animo nulla possessio intelligi poterit, quamuis corpus adhuc sit in fundo: sicut possidere non dicimus eum, cui dormienti aliquid in manu ponitur. *l.1. §.1. ff. de acq. poss.*

Ioannes antiquus glossator aliter hanc antinomiam conciliat, qui ait, veram quidem esse regulam, quæ dicit, non nisi corpore & animo amitti possessionem, si incipias amissionem à corpore, id est, si corpore desinas possidere, nam tunc requiritur præterea, vt etiam animo possidere desinas. Sin autem ab animo incipias, ait regulam esse falsam: quia si animo nolis posside re, non est necesse, vt corpore discedas à possessione.

ASSERTIO LXXXIV.

Possessio defuncti non transit ad filium, sine noua apprehensione, secundum communem DD. opinionem.

FILIVS iuris ciuilis opinione habetur pro domino bonorum paternorum viuo adhuc patre: sed tamen possessor bonorum patris non censetur viuo patre. Ideoque possessio non continuatur morte patris in filium, sed opus est noua apprehensione: & filij si heredes sint, iure scripto ingrediuntur vacuam possessionem bonorum paternorum, vt notatur *in l. vlt. C. de edi. D. Hadr.* Sin autem possessio occupata sit per alium, habent liberi remedia adipiscendæ possessionis, non autem retinendæ vel recuperandæ, quia non possunt dici retinere possessionem, vel spoliari possessione, quam nunquam habuerunt. *Old. clas. 5. de act. benefic.* Ratio decidendi est, quia possessio est facti, ideò ad eam acquirendam corporali apprehensione opus est. *l. 3. l. quemadmodum. ff. de acq. poss.* Dominium autem in iure consistit, & fictione legis nititur. Vnde sicut hereditas, quæ iure potissimùm & intellectu constat, sola aditione acquiritur, ita & dominium, quod iure & animo quoque comprehenditur, sola agnitione & declaratione mentis percipitur. Probat hanc sententiam *l. cùm heredes. ff. de acq. poss.* vbi dicitur: Cùm heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem iura ad heredem transeunt, possessio autem non transit, nisi naturaliter sit apprehensa. Et hæc opinio, quod possessionis continuatio non ipso iure influat in heredem, sed quod facto & apprehensione hominis sit opus. *l. in vsucapionibus 15. ff. de diver. temp.* præscrip. hodie in Camera imperij iudicando est approbata. *teste Mins. cent. 3. Obs. 38. & Andr. Gail. lib. 2. Obs. pract. Obser. 152.* Facit ad confirmationem huius propositionis, locus qui extat *apud Regium Prophetam Davidem Psal. 2.* vbi cum Davidi regi in persona Christi promittitur regnum, eiusque posteris, non solum in

Iudæos, ſed etiam exteras gentes, quæ in Iudæorum & Iſraëlitarum locum erant coöptandæ, inquit, Poſtula à me, & dabo tibi gentes in hereditatem, & poſſeſſionem tuam terminos terræ. Ibi non ſufficiebat, ad hoc vt dominium regni in gentes Davidi regi à Deo Opt. Max. concederetur, ſed adijcitur, & dabo tibi poſſeſſionem terminos terræ, quia dominium regni non potuit ſolo animo & voluntate propagari & continuari in poſteros regis Davidis, niſi quoque poſſeſſionem regni in gentes ſimul apprehenderent, & adipiſcerentur.

In contrarium facit *l. cùm miles. ff. Ex qu. cau. maio.* quæ dicit poſſeſſionem defuncti continuari in heredem. Reſp. Ibi poſſeſſio pro vſucapione accipitur, vt lex declarat, cùm ait, poſſeſſionem etiam hereditate non adita impleri & perfici: id eſt, hæc vſucapio, quæ inchoata eſt à defuncto, continuatur & tranſmittitur ipſo iure in heredem, ſine ipſius apprehenſione.

Obijcitur quoque Pauli ſententia *in l. 2. §. filium. ff. Pro here.* qui ait naturalem poſſeſſionem viuo patre penes filium eſſe, in re ſibi à patre donata, ita vt nec vſucapere poſſit filius titulo pro herede rem ſibi à patre donatam, quaſi continuata, non nouo titulo acquiſita poſſeſſione. Reſp. *Illa l.* loquitur tantùm de rebus filio à patre donatis & traditis, quas cùm filius naturaliter ſemel poſſidere cœpit in vita patris, pro herede eas nequit vſucapere: propter regulam iuris, quæ dicit neminem ſibi ipſi cauſam poſſeſſionis mutare poſſe: *l. 3. §. illud quoque. ff. de acqu. poſſ.* pro hærede tamen nihilominus cæteras res vſucapere poterit. *Vigl. ad §. ſui autem. Inſt. de hered. qual. & diff.* Vide de hac propoſitione *Alciat. lib. 4. Paradox. c. 15. Coraſ. lib. 6. Miſcel. c. 12. & 13.* Huic autem deciſioni moribus Galliæ derogatur: nam conſuetudo generalis eſt in tota Gallia, quòd *le mort ſaiſit le vif*, id eſt, quòd heres ſuccedat in poſſeſſionem defuncti, & quòd poſſeſſio defuncti continuetur in heredem, ita vt heres poſſideat bona defuncti ſine noua apprehenſione. *Chaſſa. in conſu. Burgund. rub. 7. §. 1.* Huc pertinent, quæ tradunt *Fachin. lib. 6. contro. iur. c. x1. Gail. lib. 2. Obſer. cap. 128.*

ASSERTIO LXXXV.

Regulariter iudicium petitorium cum possessorio cumulari potest.

AGI simul de adipiscenda, vel de recuperanda possessione, & de proprietate potest. Ac si prius actum sit rei vendicatione, ea pendente, nec intermissa, proponi potest interdictum vnde vi. *l. & an eadem 14. §. fi. de exc. rei iud. l. cùm fundum. §. vlt. ff. de vi & vi ar. c. pastoralis. ext. de cau. pos. & prop. Gl. in l. si de vi. ff. de iudic.* Sed an cumulatio petitorij & possessorij in interdicto retinendæ possessionis admittatur, maximè dubitatur: vtputa: Cùm aliquis rei vendicationem intentasset, quæ possessori minimè erat conueniens, resipuit, & interdictum vti possidetis intentauit: quæritur, an admittenda sit eius petitio. Et videbatur prima facie non admittenda, quòd intentando rei vendicationem, videatur possessioni renunciasse, cùm rei vendicatione non agat qui possidet, sed ea detur contra possidentem. *l. officium. ff. de rei vend. l. vnic. C. de alie. iud. mut. cau.* Itaque agendo rei vendicatione videtur possessionem amisisse, & in aduersarium transtulisse. Non ergo competit pro retinenda possessione interdictum vti possidetis ei, qui amisisse possessionem videbatur. Admittendum tamen ad interdictum vti possidetis, Vlpianus respondit *in l. naturaliter. §. nihil commune. ff. de adqu. poss.* Neque dicendum, eum videri renuntiasse possessioni, eò quòd cœpit agere rei vendicatione. Nam voluit retinere possessionem, sed non sciuit, qua ratione id facere posset. Non est autem æquum ei qui in edenda actione aberrauit, aliam actionem à prætore denegari. *l. habebat. ff. de inst. act.* Hæc igitur est sententia *d. §. nihil commune.* Quòd si actor cùm non constaret ei se possidere, egit rei vendicatione, ac si non possideret, licebit illi suo iure melius cognito, tantisper dilato illo iudicio, interdicto vti possidetis experiri. *Gouea. lib. 1. Var. lect. c. 3. & Cuiac. lib. 7. Obs. c. 38. & lib. 25. Obs. c. 34. Hotom. in illust. quest. quæst. 29.*

DD. ita communiter intelligunt *§. nihil commune*, quòd admittatur cumulatio petitorij cum interdicto vti possidetis, retinendæ possessionis causa, quando diuersæ possessionis respectu intentantur. Vtputa quando intentans petitorium possidet tantùm ciuiliter, seu animo retinet tantùm possessionem: aduersarius verò possidet rem corpore, vtputa quòd altero absente ingressus sit fundum clandestinè: nam tunc potest absens reuersus, qui animo retinuit possessionem ciuilem, intentare iudicium petitorium

torium rei vendicationis, pro recuperanda naturali possessione existente penes aduersarium, *d.l. officium:* & pro ciuili possessioue potest eodem judicio pendente intentare interdictum Vti possidetis, eò quòd turbatur facto in ciuili sua possessione, propter istam naturalem, quam tenet aduersarius. *l. si duo. in princ. ff. Vti poss.* Neque hoc casu vlla contrarietas impedit cumulationem petitorij & possessorij retinendæ *l. clam possidere. §. qui ad nundinas. vbi gl. ff. de acq. poss. Olden. in prælud. clas. 2.* Qui de hac quæstione plura requirit, consulat *Andream Fachinæum libro octauo controuersiarum iuris, capite sexto.*

ASSERTIO LXXXVI.

In sequestrum non transfertur possessio.

SEQVESTER est, apud quem plures eandem rem, de qua controuersia est, deponunt, eo fine, vt tamdiu dum lis durat custodiatur, & postea victori litis reddatur. *l. 6. 7. & 17. ff. depos. l. sequester 110. de V. S.* Solet enim res de qua controuersia est, litigatorum voluntate tradi sequestro, vt eam seruet ad exitum controuersiæ, & deinde victori restituat. *l. propriè. ff. depos. l. si quis 9. §. Labeo ff. de dolo.* Quæritur autem, an & quomodo sequester possideat? Et probabilior veriorque mihi videtur sententia, non aliter sequestrum possidere, quàm si ea mente fiat sequestratio, vt possessio de qua existit controuersia, dimittatur. Aliàs custodia rei commissa videtur, non possessio. *l. interesse 39. ff. de acqu. poss.* Quòd si incertum fuerit, qua mente res sequestro deposita sit, possessio minimè in eum translata videbitur.

Obiicitur *l. licet. §. rei depositæ. ff. depos.* vbi dicitur, rei depositæ proprietatem penes deponentem manere, sed & possessionem, nisi apud sequestrum deposita sit. Resp. Tum demum possessio transit in sequestrum, cùm constat partes habuisse animum dimittendæ possessionis *d. l. interesse.* Nec obstat *d. l. licet*, quia ibi incertum erat, vter ex litigantibus possideret: dicit enim IC. neutrius possessioni id tempus procedere. Quibus verbis innuit, cùm vtraque pars se possidere contendit, nec constat apertè quis possideat, tunc possessio transfertur in sequestrum. Aliàs cùm constat quempiam solum possidere, possessio non transfertur in sequestrum. *Coras. lib. 3. Misc. c. 2.* Ratio est, quia nemo præsumitur suum jactare velle, aut animum dimittendæ possessionis habere. *l. cum de indebito. ff. de probat.* Vnde in dubio potius propter securitatem litigantium custodia judici seu sequestro

questro mandata videtur in sequestratione, quàm vt possessio translata dicatur.

Secundò opponitur *c.1. ex. de sequest. poss. & fruct.* vbi dicitur etiam ex necessaria sequestratione transire possessionem in sequestrum, dum inquit *Pont.* Et prælibatam possessionem *Celestinus* sequestrari mandauit. Resp. Possessio ibi non propriè accipitur, prout est ius insistendi rei, sed possessio pro re ipsa & agro ponitur. Neque est nouum, vt possessionis verbo ipsa res mobilis vel immobilis contineatur. *l. interdum 79. de V. S. l. Impp: ff. de seru. vrb. præd.* DD. communiter ita distinguunt, quod in voluntario sequestro, quando partes volentes rem apud sequestrum deponunt, possessio rei depositæ transeat in sequestrem. *per d. l. licet. §. rei depositæ. ff depos.* Aliud obtinet in sequestro necessario, quando iudex penes sequestrem rem deponi edicit, ne fortè partes ad arma, & rixas perueniant *l. si cuius 13. §. sed si inter. ff. de vsufr.* tunc enim non transit possessio in sequestrùm, sed penes eum qui posidebat, manet. *d. l. interesse.* Ita communiter *à DD. receptum esse tradit Costal. ad d. l. licet. ff. depos.*

ASSERTIO LXXXVII.

Infans absque auctoritate tutoris possessionem acquirere non potest.

CONFIRMATVR hæc sententia *per l. 1. §. 1. ff. de acq. poss.* vbi dicitur, pupillum sine tutoris auctoritate posidere incipere, si modò eius ætatis sit, vt intellectum capiat. Eandem sententiam comprobat *l. quamuis 32. §. 1. ff. eo.* vbi dicitur, infantem non aliter quàm tutore authore incipere posidere. Ratio additur in tex. quia infantis iudicium suppletur tutoris authoritate, alioqui nullus sensus est infanti accipiendi possessionem.

Obiicitur *l. 3. C. de acqu. poss.* vbi dicitur, donatarum rerum infanti, vacuam possessionem corpore acquiri. Resp. Possessio non aliter acquiritur, quàm si corpore rem apprehendas, & animum dominantis habeas. Sed infans quamuis verba possit proferre ad acquisitionem possessionis necessaria, non tamen intelligit, neque diiudicare potest, quid sibi velint ea quæ dicuntur, & ad quem finem res ipsi tradatur. Quod autem dicitur *in d. l. 3.* infanti acquiri possessionem, id tantùm ad res donatas & traditas referendum est, quarum scilicet vacua possessio infanti de manu in manum traditur. De donatis namque rebus tantùm ibi sancit Imp. in quibus

tradendis tanta non requiritur obſeruatio, quàm ſi ex alio quouis contractu, puta emtione, permutatione, aut ſimili transferenda eſſet poſſeſsio. Rem enim accipiens infans ex donatione, ex ſola acceptatione ſibi rei donatæ poſſeſsionem acquirit. Itaque licèt non tam plenus ſit in infante animi affectus, qui ad acquirendam poſſeſsionem requiritur, corpore tamen rei inſiſtit. *d.l.3.Duare.ad d.l.1.§.1.Charon.lib.2.Veriſim.c.6.*

DD. communiter reſpondent, quòd *in d.l.3.* infans poſſeſsionem acquiſiuit cum auctoritate tutoris: quæ interpretatio omnem quoque contrarietatem componit. Illud denique notandum, quòd nouiſsimo iure conſtituit Conſtantinus Imp. vt ſeruus infantis adhibeatur, qui eius nomine rei donatæ poſſeſsionem acquirat. *l. ſi quis 26. C. de donat. Hotom.in diſput.de donat.Fachin.lib.8.contro.c.19.vbi approbat hanc poſtremam ſolutionem.*

ASSERTIO LXXXVIII.

Si colonus poſſeſsione deceſſerit, non interpellatur poſſeſsio domini.

FVIT inter Proculianos & Sabinianos diſſenſio, vtrùm dominus amittat poſſeſsionem, ſi colonus deſerendæ poſſeſſionis cauſa exeat de fundo. Proculiani dicebant, dominum nihilominus animo retinere poſſeſſionem: *l.cùm quis 31.ff.de dolo.l.3.§.quod ſi ſeruus.ff.de acq.poſſ.* Contrarium ſtatuit Pomponius, qui fuit Sabinianus, *in l.ſi colonus 31.ff.de acq.poſſ. & Sabinum ſequitur Africanus in l.ſi de eo 40.§.1.verſ. aliud exiſtimandum.ff.eo.* Sed Juſtinianus hanc controuerſiam dirimit *in l.vlt.C.de acqu.poſſ.* & Sabinianorum ſententia reiecta, pronuntiat pro Proculianis, quòd ſcilicet negligentia & deſertione coloni dominus quæſitam poſſeſsionem non amittat. Hodie ergo colono diſcedente ex fundo deſerendæ poſſeſsionis cauſa, dominus animo retinet poſſeſsionem. *Borcholt.de acq.poſſ.c.7.* Porrò licet poſſeſsio domini non amittatur negligentia coloni, tenetur tamen colonus qui deceſſit de poſſeſsione, domino actione de dolo malo, ſi quid ex eo damni ſenſerit: vtputa ſi ob id arua eius non ſunt proſciſſa, & fructus idoneo tempore non ſunt collecti. *d.l.cùm quis.& ibi Cuiac.ff.de dolo.*

ASSER-

ASSERTIO LXXXIX.

Creditor pignus naturaliter possidet.

CREDITOR pignus, quod ei à debitore traditum est, possidet naturaliter. *l. cum & sortis. §. vlt. ff. de pig. act. l. per seruum 37. de acq. re. do. l. 1. §. per seruum ff. de acq poss.* Ideoque & creditori dabitur interdictum vti possidetis, pro conseruanda possessione pignoris, vt rectè colligit *Accur. in l. si duo. §. creditores. ff. Vti poss. Cuiac. consult. 25. Meno. de retin. poss. remed. 3. §. 25.* vbi addit rationem, quia verè possidet creditor, excepta causa vsucapionis. *l. serui 16. ff. de vsuca.* Vnde etiam creditori competit condictio possessionis ad auocandam possessionem pignoris. *l. si pignore. §. si post. ff. de pig. act.*

Obijcitur *l. sciendum. §. creditor. ff. Qui satisd. cog.* vbi dicitur, quòd creditor qui pignus accepit, possessor non est, tametsi habeat possessionem sibi traditam. Resp. Creditor possidere videtur quoad quædam, scilicet quoad hoc, vt rei vendicatione & actione ad exhibendum conueniatur. *l. l. serui. & ibi Cuiac.* Item quoad hoc, vt possessio præcedentis possessoris, id est, debitoris, sibi addicatur. *d. l. serui. in fi.* Item quoad hoc, vt interdicto vti possidetis experiri possit. E contra quoad quædam, dicitur non possidere, vt quoad vsucapionem. *l. 3. §. per seruum. l. qui pignoris 36. ff. de acq poss.* item quoad euitandam satisdationem iudicio sisti. *d. l. sciendum.*

Secundò obijcitur *l. cùm notissimi. §. 1. C. de præscr. 30. an.* vbi dicitur, possessionem pignoris apud debitorem esse constitutam. Resp. Hoc ideò ibi statuitur, quia debitor quandocunque vult, potest offerre debitum, & ita rem habere, & sic erit apud eum pignoris possessio. Præterea si apud debitorem esset possessio, & creditoris seruus surriperet pignus, dominum siue debitorem possessione priuaret: quod tamen non facit. *l. non solùm. §. vlt. ff. de vsuca. glo. in d. l. cùm notissimi. §. 1.*

ASSERTIO XC.

Missus in possessionem ex primo decreto non possidet, sed ex secundo decreto missus possidet: & si aduersarius erat dominus, missus fit dominus, sin minus, præstatur vsucapiendi conditio.

MISSIO in possessionem ita fieri solet. Si reus citatus non veniat ad iudicium, & contumacia eius accusetur, Prætor actori concedit ex primo decreto missionem in possessionem bonorum debitoris, pro debiti quantitate, vel in possessionem rei, quam propriam contendit; & crescente contumacia Prætor interponit in actionibus personalibus secundum decretum, in realibus verò declarat actorem esse possessorem. Ex primo decreto missus non possidet, sed est tantùm in possessione, id est, custos est potius quàm possessor, rémque detinet & custodit, donec debitor tædio affectus ad iudicium veniat responsurus. *c. quoniam frequenter. §. vlt. ext. Vt lit. non contest.* Ex secundo decreto missus verè possidet. Hanc decisionem probant *l. 3. §. vlt. ff. de acq. poss. l. si duo. §. creditores. ff. Vti poss. l. si finita. §. Iulianus. & § si quis autem 9. cum §. seq. & §. illud quæritur 18. vers. posteaquam. ff. de dam. inf. l. cùm legatorum. ff. Ex qu. cau. in poss.* Porrò missus ex secundo decreto rem vsucapit, si possessor non erat dominus. Quòd si erat dominus, secundum decretum facit missum dominum, sine temporis interuallo. *l. 2. ff. Si ex nox. cau. l. 5. ff. Com. diu. l. 3. §. 1. ff. de reb. eo. qui sub tute.* Hæc est Accursij sententia *in d. l. si finita. §. si plures*, quæ communiter à DD. probatur, teste *Wesem. in parat. de dam. inf. per l. 1. ff. de fun. dot.* vbi dicitur, missum in possessionem ex causa damni infecti fieri dominum. Hæc autem obtinent tantùm in personali actione. Nam in realibus possessio tantùm contumaci aufertur, salua per longum tempus proprietatis quæstione, quæ per secundum decretum absenti non aufertur. *l. 2. in fi. vbi gl. C. Vbi in rem act. l. si quis emtionis. §. pen. C. de præs. 30. an. Wesem. d. loco.*

Obijcitur *l. consentaneum. C. Quom. & quan. iud. & d. l. 2.* vbi missus in actione reali ex primo decreto efficitur verus possessor. Resp. *cum Accur. in d. l. consentaneum.* Aut mittitur post litem contestatam in possessionem, & tunc statim efficitur verus possessor. Aut mittitur ante litem contestatam, & tunc non efficitur verus possessor, nisi post lapsum anni. *d. l. si quis emtionis. §. sed etsi quis.*

Secundò

Secundò obijcitur *l. is cui. ff. Vt in poss. lega.* vbi dicitur, in possessionem missum nunquam pro domino esse incipere. Resp. Hoc verum est in misso ex primo decreto, ex secundo tamen decreto missus fit dominus. *d. l. si finita. §. si quis autem. l. 5. ff. Com. diu. l. 1. ff. de fun. dot.*

ASSERTIO XCI.

Ita demum per procuratorem domino acquiritur possessio, si & dominus velit, & procurator habuerit animum domino acquirendi.

PER liberam personam, quæ nostro iuri subiecta non est, cæteræ res nobis acquiri non possunt, possessio tantùm acquiri potest, & ex possessione dominium. *l. 1. C. Per qu. pers. no. acqu. l. 1. & l. per procuratorem. C. de acqu. poss.* Sed non nisi volente domino acquiritur, *l. ea quæ 53. ff. de acq. re. do.* Ideò enim per procuratorem possessio acquiritur, quia primò per eum voluimus acquirere, dum ei mandauimus, vt nobis rem gereret. Est enim procurator, qui mandato domini negotia eius administrat. *l. 1. ff. de procur.* Ideoque si absit mandatum, & aliquis nostro nomine ingressus sit possessionem, non aliter nobis acquirit possessionem, quàm si ratum habuerimus. *l. communis 42. §. 1. ff. de acq. poss. l. si ego 24. ff. de neg. gest.*

Obijcitur *l. possessio 49. §. vlt. ff. de acq. poss.* vbi dicitur, possessionem etiam per procuratorem domino ignoranti quæri. Resp. Procurator acquirit domino, etiamsi ignoret dominus quid emerit, & domini nomine acceperit. Sed quæcunque est hæc ignorantia, tamen nunquam acquiret domino nisi volenti. Nam siue specialis sit procurator, cui dominus mandauit de re certa, siue generalis, cui generaliter mandatum est, vt domini negotia gereret, iam ab initio dominus hac mente fuit, vt vellet, quicquid procurator domino gereret, id domino acquireret.

Ita demum autem nobis per procuratorem possessio quæritur, si ea mente sit procurator, vt velit nobis operam suam accommodare. Sin autem procurator suo nomine nanciscatur possessionem, non dicitur nobis per eum quæsita possessio. *l. 1. §. per procuratorem. ff. de acq. pos.* Ad acquirendam enim possessionem necessaria est voluntas procuratoris.

Sed huic sententiæ grauiter aduersatur *l. qui mihi 13. ff. de dona.* vbi dicitur, quòd si quis tradidit quid procuratori meo, vt mihi acquireret, & procurator accepit, vt suum faceret, nihilominus mihi acquiri. Vnde colligitur, in translatione possessionis non esse opus voluntate procuratoris.

Resp. Regulariter per procuratorem non aliter nobis acquiritur possessio, nisi & ipse velit nobis acquirere. *l.1. §.hæc quæ de seruis.ff.de acq.poss.* Sed hoc non procedit, quando ille qui tradit, hoc agit, vt nobis acquiratur: quo casu malignitas procuratoris domino non nocet. Ita est accipienda *d.l.qui mihi. vt notat Accur. in d.§. Hæc quæ de seruis.*

ASSERTIO XCII.

Procurator venditoris, si domino mortuo, ignorans eum mortuum esse, in vacuam possessionem emtorem induxit, possessionem transfert.

TRADITVR hæc decisio apertè *in l.fundi 33.ff.de acq.pos.* vbi ita distinguitur. Aut procurator qui ex domini mandato fundum venditum tradidit emtori, ignorauit dominum esse mortuum, & eo casu rectè in emtorem possessionem transtulisse censetur, nam ex iusto errore emtor voluntate domini possessionem accepisse intelligitur. Aut procurator sciuit dominum decessisse, & eo casu non rectè transfert possessionem, quia mala fide rem gessit, quod factum eius venditoris heredibus nocere non debet.

Sed vehementer refragatur *l. eius. vers. quas verò. ff. Si cer.pet.* vbi disertè negat Africanus, eum cui dominus mandauit, vt quid suum traderet, mortuo domino tradentem id transferre, quamuis mortuum dominum esse ignoret. Resp. Regulariter procurator cui quid mandatum est à domino vt traderet, si id mortuo domino tradat, non alienat, quantumuis ignoret dominum decessisse, quia generaliter mandatum morte domini mandantis finitur. *§.rectè. Inst.Manda.* Attamen si procurator constitutus erat ad id, ad quod constituens cogi poterat, vtputa si venditor mandauit procuratori, vt rem à se venditam tradat emtori, hoc mandatum morte mandantis non dissoluitur. *d.l.fundi. vbi Alex. Castren. & communiter* DD. hanc notant regulam, quòd licèt mandatum expiret morte mandatoris, tamen quando mandatur executio necessaria alicuius actus principalis, non expirat mandatum. Possessio itaque rectè traditur à mandatario ignorante mortem mandantis, non tamen dominium, ad exemplum eius procuratoris, qui expressam mandati reuocationem ignorans, bona fide rem tradidit: transfert enim is possessionem. *l.mandatum distrahendorum 57.ff.Manda.* Dominium autem nusquam transfertur à procuratore, cuius mandatum reuocatum est, etiamsi ipse bona fide rem tradidit, minimè

ninimè certus de sua reuocat. *tex. in d. l. eius.* §. *quas verò. optimus text. in l. Papinianus. ff. de Publ. act. & in l.2.* §. *sed si quis. ff. de dona. Couar. c. x1. pract. uæst.* vbi tamen contra communem disputat. De hac quæstione, an & quando mandatum morte mandantis finiatur, plenè & solidè tractat *Bart. n d. l.2.* §. *sed si quis.* vbi per decem oppositiones hanc quæstionem examinat & dissoluit.

Secundò ei quod dicitur *in d. l. fundi*, mandatum defuncti posse reuoari per heredes, neque posse procuratorem mortuo domino inuitis heedibus possessionem tradere, aduersatur. *l. si ego 9.* §. *si res. ff. de iu. dot.* bi cum defunctus iussisset aut destinasset dotem dari puellæ alicui, cùm upta esset, & post mortem defuncti donatoris nuptiæ sequantur, non ossunt heredes donantis hanc donationem, seu hoc mandatum donandi euocare, cùm tamen aliàs mors donantis interueniens ante traditionem, npediat donationem. *d l.2.* §. *sed si quis.* Resp. Hoc speciale est fauore dos & matrimonij, vt res quas defunctus iusserat dotis esse, etiam nuptijs ecutis post mortem donantis, in dote maneant, atque vt heres cogatur um donationem implere, licèt dotans ante traditionem rei dotalis, vel nte nuptias mortuus sit, idque benignè receptum est, ne mulier maneat dotata. Nam & hæc fuit mens dantis, vt quandoque nuptijs secutis res otis fierent. Traditur ergo casus singularis *in d.* §. *si res*, quo mandatum orte mandantis non soluitur: cùm videlicet quis dedit procuratori andatum soluendi vel donandi dotem de patrimonio suo, tunc enim orte mandantis non finitur mandatum, & poterit etiam procurator post ortem domini soluere, quem textum ad omnem piam causam extendit *aldus in l. mandatum. C. Mandat. Addit. ad Decium in l.3. de R. I. in fine.*

ASSERTIO XCIII.

Nulla possessio nisi animo & corpore acquiritur.

ADIPISCIMVR possessionem corpore & animo, neque per se animo, aut per se corpore. *l.3. in princ. & l. quemadmodum. ff. de acq. pos.* His verbis ostendit IC. duo necessariò ad acquirendam possessionem quiri, corpus scilicet & animum. Solum corpus non sufficit ad acquirenm possessionem. Animo quoque adipisci possessionem non possumus. *ui vniuersas.* § *quod per colonum. ff. de acqu. poss.* Sed vtrunque & animum & rpus concurrere oportet, vt rei alicuius possessio acquiratur. Animus edulitatem & persuasionem possidendi certam significat, corpus verò tum aliquem corporeum ad animum accedentem.

Obijcitur

Obijcitur primò *l.3. §. Neratius. ff. de acqu.poss.* vbi tradunt Neratius & Proculus, quòd si quis scit thesaurum in suo fundo positum, quòd continuò eum possideat, simul atque possidendi animum habuerit. Ibi acquiritur possessio affectu possidendi, absque naturali possessione, hoc est, absque apprehensione thesauri. Igitur possessio aliqua acquiritur sine corpore. Resp. *In eo §. proponitur*, dissensionem fuisse inter Proculianos & Sabinianos. Proculiani dicebant, continuò me possidere thesaurum, quem in fundo meo quem possideo, positum scio, simul atque possidendi thesauri animum habuero. Sabiniani verò voluerunt, eum qui fundum detinet & possidet, quamuis sciat in illo fundo thesaurum esse, & affectum possidendi thesauri habeat, non aliter possidere thesaurum, quàm si loco eum moueat, & corpore contrectet. Quam Sabinianorum sententiam tanquam veriorem Paulus ibi amplectitur, quam & Papinianus comprobat *in l. peregrè. ff. de acqu.poss.* vbi tradit, pecuniam quam alius in meo fundo custodiæ causa recondidit, non aliter me possidere, quàm si eius possessionem supra terram adeptus sim, hoc est, si pecuniam apprehenderim & loco mouerim.

Secundò aduersatur *l. si me in vacuam 33. ff. de acq. pos.* vbi expressis verbis dicit I C. animo acquiri possessionem posse. Resp. In prædicta lege non dicit I C. animo acquiri possessionem, sed dicit, si animo acquiri potest possessio, quod perinde est, ac si diceret, posito, non tamen concesso, animo acquiri possessionem: dubitatur an acquisita sit possessio, si ego putaui me ire in fundum Cornelianum, cùm tu me misisses in possessionem fundi Semproniani. Et respondetur, etiam illo posito, animo acquiri possessionem, non tamen mihi acquisitam possessionem, quia errauí. Error enim in corpore impedit acquisitionem possessionis. Ponit Vlpianus illud, quod falsum est, & ostendit falso illo posito, nihilominus possessionem non fuisse acquisitam, etsi diceremus possessionem solo animo acquiri posse. *Borch. c.3. de acqu. poss. num.18.*

Tertiò opponitur *l. quarundam 51. ff. de acq. pos.* vbi dicitur, quarundam rerum possessionem solo animo acquiri, & additur exemplum, quòd si venditus sit mihi aceruus lignorum, & venditor eum me tollere iussit, quòd simul atque custodem apposuero, traditus mihi videatur lignorum aceruus. Solo igitur animo absque corpore, id est, absque aliqua lignorum contrectatione acquiritur possessio. Resp. Quòd ibi appositio custodis habetur pro corporali quadam traditione lignorum: itaque statim atque custodem apposuero, tradita mihi videtur possessio acerui lignorum.

Quartò obstat *l. 1. §. si iusserim. & l. quod meo 18. §. si venditorem. ff. de acq. pos.* vbi

vbi dicitur, quod id possideam, quod venditorem in domo mea deponere iussi, etiamsi id manu non attigerim. Resp. Ibi traditio facta ab aduersario supplet actum corporalem. Vel potius dicendum, quòd aspectu ibi acquiratur possessio. Dum enim quis iubet rem in conspectu suo deponi, per aspectum, veluti per sensum corporalem, quæritur ei possessio.

ASSERTIO XCIV.

Ex pluribus causis eandem rem posside re possumu quamuis dominium non nisi ex vna causa contingat.

REGVLA est, quòd ex pluribus causis eandem rem posside re possumus, sed dominium non nisi ex vna causa nobis contingere potest, quæ tradita extat *in l.2. §. ex plurimis. ff. de acq. pos. & in l. non vt ex pluribus* 159. *de R. I.* Ratio differentiæ est, quia dominium vndecunque sit, vnum est, & quod semel nostrum est, amplius nostrum fieri non potest. *§. sic itaque. Inst. de act.* At possidere facti est, cumque positum sit in naturali possessione nanciscenda, toties possidere videmur, quoties naturalem eius possessionem nanciscimur. *arg. l.3. §. Nerua. ff. de acqu. pos.* Proinde nihil impedit, quo minus, vt plura sunt facta, pluresque velut possessiones temporibus discretæ, ita in singulis ex noua causa possideamus. Huius rei hic est effectus, vt si quis in iudicio de possessione victus sit ex vna causa, non prohibeatur eodem interdicto sibi defendere possessionem ex alijs causis, quia alia res in iudicium deducitur.

Sed videtur obstare *l. si quis ante 10. ff. de acqu. poss.* vbi dicitur, quòd si quis conduxit rem aliquam, deinde eandem precariò rogauit, quòd per precarium à conductione recessum videatur. Vnde colligitur, quòd ex pluribus causis eandem rem non possidemus. Resp. Hoc non sequitur: nam ex ijs causis nulla acquiritur possessio, sed nuda tantum detentio; quo casu spectamus quod nouissimè factum est. *l. interdum 21. §. fin. ff. de acq. pos.*

Secundò obijcitur *l.4. C. de cont. emp.* vbi dicitur, titulum possessionis duplicari non posse. Resp. Verbum possessionis pro dominio ibi accipitur. Quod itaque dicunt Impp. titulum possessionis duplicari non posse, ita accipiendum est. quòd titulus siue causa dominij duplicari non potest, & quòd qui ex vna causa seu titulo nactus est dominium, non potest ex alio titulo seu causa nancisci dominiũ. Hanc esse *d.l.4.* sententiam, probat

perſpicuè ibidem Accurſius. Sic enim & alijs iuris locis poſſeſſio pro dominio frequenter accipitur. *in l. interdum. 78. de V.S. l. Imperatores. ff. de seru. ruſt. præd. l. vxorem. 41. §. legauerat. ff. de leg. 3.*

ASSERTIO XCV.

Vxor rem donatam à viro poſſidet naturaliter.

NATVRALITER poſſidet mulier, cui aliquid conſtante matrimonio à viro donatum eſt. Hæc donatio inutilis quidem eſt quoad tranſlationem dominij, ſed tamen ex ea donatione acquiritur vxori naturalis poſſeſſio, cùm volente marito domino rei donatæ corporaliter inſiſtat; & competunt ei interdicta poſſeſſoria pro poſſeſſione rei donatæ conſequenda & retinenda. *l. 1. §. ſi vir. l quod vxor 16. ff. de acqu. poſſ. l. 1. §. deijcitur. ff. de vi & vi arm.* Imò ex poſſeſſione coniugis donatarij hoc commodum ad poſſidentem redit, vt fructus ex re donata perceptos ſuos faciat: *l. fructus 45. ff. de vſur. l. de fructibus 17. ff. de don. int. vi. & vx.*

Sed obſtat huic aſſertioni *l. inter virum 46. ff. de don. int. vi. & vx.* vbi dicitur, Inter virum & vxorem nec donatio poſſeſſionis vlla eſt. Reſp. Loquitur IC. de donatione ipſa, non de poſſeſſionis tranſlatione, & quòd aſſeritur, lege prohibitam eſſe inter coniuges donationem, hoc ita intelligendum eſt, ſiue alter alteri donet poſſeſſionem, ſiue proprietatem. Quia enim lex prohibet generaliter donationem inter coniuges conſtante matrimonio, intelligitur prohibita non tantùm proprietatis, ſed etiam poſſeſſionis tranſlatio & donatio. Transfertur tamen ex hac cauſa poſſeſſio corporalis & naturalis in mulierem, quia res facti, id eſt, naturalis poſſeſſio, quæ facto & corpore conſiſtit, iure ciuili infirmari non poteſt. *d. l. 1. §. ſi vir. ff. de acq. poſ.* ſed poſſeſſio ciuilis ex hac donatione non transfertur: *l. eum qui 26. ff. de dona. int. vi. & vx.*

Secundò obſtat *l. 3. §. ſciendum. ff. de dona. int. vir. & vx.* vbi dicitur, irritam eſſe donationem inter coniuges, & traditionem non valere. Reſp. Traditio hæc effectum iuris non habet, id eſt, hac traditione dominium non acquiritur, licet naturalis poſſeſſio ex ea donatione transferatur ad donatarium.

ASSER-

ASSERTIO XCVI.

Possessio non tantùm facti est, sed etiam iuris.

POSSESSIO partim facti est, quatenus in facto corporalis possessionis consistit; partim iuris est, quatenus est in animo possidentis. *l. possessio quoque 49. ff. de acq. poss.* vbi dicitur, etsi naturaliter possessio teneatur à fructuario, tamen ex iure plurimum mutuatur. Ius plerunque accedit possessioni, quæ facti est, id est, accedit approbatio iuris ciuilis. Vnde duplicem statuit *Imp. possessionem in l. nemo. C. de acqu. pos.* aliam quæ iure, aliam quæ corpore consistit, hæc natura, illa dignitate prior. Nam vt alia, sic possessionis iura ex facto oriuntur, nec quisquam antè possidet animo, quàm facto naturali rem occupauit. *d. l. nemo.* Possessio est facti, quia detentio est, id est, vsus rei. *l. denique. 19. ff. Ex qu. cau. maio.* & animi, quia affectionem, voluntatem & opinionem domini desiderat. *l. 1. §. Scæuola. ff. Si quis testa. lib.* Possessio quoque fructuarij, quæ naturalis est, etiam ex iure plurimum mutuari dicitur. *d. l. possessio.* Sed facti magis est, quàm iuris, quia iure domini destituitur, quod ius optimum maximumque est.

Obijcitur, quòd possessio vsus definitur, vsus autem detentionem significat, quæ factum designat. *l. quæstio 115. ff. de V. S.* Ergo facti est. Resp. Vsus ibi accipitur pro iure vtendi. Sic possessio quoque ius possessionis appellatur *in l. peregrè. ff. de acqu. poss. l. non ideò. C. de lib. cau.*

Secundò obijcitur *l. cùm heredes 23. §. 1. ff. de acq. pos.* vbi dicitur, quòd captus ab hostibus & reuersus non recuperat possessionem, sed opus sit ei noua apprehensione. Vnde & ciuilis possessio ab eo amittitur: ex quo apparet eam non esse iuris, quia aliâs animo retineretur. Resp. Quamuis in ciuili possessione aliquid est iuris, aliquid tamen est facti quoque. Imò voluntas ipsa facti est, quia concurrente voluntate, possessio iuris subsidio retinetur. Hunc animum captus ab hostibus non præsumitur retinere, vnde & ille animus, qui etiam facti est, non dicitur ei restitui. Quòd autem animum possidendi non habeat, probatur tum *ex l. 3. §. si quis nuntiet, & l. si id quod 25. §. vlt. ff. de acqu. poss.* tum ex eo, quòd cùm captus ab hostibus ab alio possideatur, ipse nihil amplius possidere intelligitur. Quòd si animo & corpore capti non est opus ad retinendam possessionem, vtputa si per subiectas iuri suo personas possidebat, restituitur ei possessio. *l. in bello. §. facti. ff. de capt. & postl. reuer. l. 15. ff. de vsucap.* Vide latius de hac quæstione disserentem *Cuiatium. lib. Obser. 18. c. 24.*

c.24. Pacium centur. 6. εναντιοφανῶν. quæst. 98. Fachinæum libro 8. contro-ver. iuriſ. c. 5.

ASSERTIO XCVII.

Poſſeſsio amittitur rei depoſitæ contrectatione, lucri faciendi cauſa, non inficiatione ſola.

CONTRECTATIONE rei depoſitæ facta animo ſibi habendi, & lucri faciendi cauſa, furtum committitur, & dominus priuatur ſua poſſeſſione. Aliud dicendum eſt, ſi depoſitarius rem apud ſe depoſitam abnegauerit, & inficiatus fuerit: tunc enim furtum non facit, neque dominum poſſeſſione ſubuertit. text. *in l.3. §. ſi rem. ff. de acqu. poſſeſ. l.1. & l. inficiando 67. ff. de furt.* Ratio diuerſitatis eſt, quia ad hoc vt furtum committatur, & domini poſſeſſio interuertatur, factum & contrectatio aliqua requiritur. Furtum enim non ſolo verbo, non ſcriptura, non animo, ſed contrectatione committitur. *l. ſi quis vxori 52. §. neque ff. de furt.*

Sed vehementer obſtat huic aſſertioni *l. ſi rem mobilem 47. ff. de acqu. poſſ.* vbi dicitur, ſi rem apud te depoſitam negare, & tibi poſſidere conſtitueris, protinus amitti poſſeſſionem. Ergo non eſt neceſſarium, vt res depoſita loco moueatur, ad hoc, vt amittatur poſſeſsio. Reſp. In iſta lege depoſitarius non ſolùm conſtituit rem depoſitam negare, ſed etiam contrectauit, & loco mouit. Quod colligitur ex verbis legis, quæ ſic habent, *ſi tibi poſſidere conſtitueris*; Dum enim dicitur, quòd ſibi poſsidere conſtituerit, factum denotat, quòd ſcilicet rem contrectauerit, & loco mouerit. Alioqui enim non poterat ſibi poſſidere, cùm ad acquirendam poſſeſſionem apprehenſione, & corporali facto opus ſit. *l. 3. in princip. ff. de acquir. poſſ. Zaz. ad d. §. ſi rem.*

ASSERTIO XCVIII.

Qui precariò poſsidet, interdicto vti poſsidetis experiri poteſt.

DATVR precario poſſidenti interdictum vti poſſidetis contra omnes, præterquam contra eum à quo precariò accepit, ſeu precario poſſidet. *l. qui precariò. 17. ff. de acqu. poſſ. l. 1. § fina. ff. vti poſsid.*

Sed

Sed obstat *l. certè. 6. §. is qui rogauit ff. de precar.* vbi dicitur, eum qui preca-
ò rogauit, non possidere. Ergo nec interdictum Vti possidetis ei com-
etit. Resp. Quando sic precariò res conceditur, vt impetrans possideat,
nc interdicto retinendæ possessionis is experiri potest. Verùm in allega-
lege contraria tantùm precarium concessum est, vt quis precariò ad
mpus in fundo moretur. Ideoque ei interdictum Vti possidetis non
ompeit, quia nec ciuiliter nec naturaliter possidet. *Oldendor. clas. 4. act. 16.*
affinib. remed. Cùm ergo nominatim fuit possessio precariò concessa,
nc haud dubiò acquiritur possessio precariò accipienti. *l. & habet 15.*
um qui. ff. de precar. vbi inquit Pomponius, Eum qui precariò rogauit,
sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium.

Secundò hîc adhuc alia occurrit antinomia. Nam *in l. quæcunque 13. §.*
erdum ff. de Publ. act. dicitur precariam possessionem iustam esse & le-
imam. Contrarium asseritur *in l. Pomponius XIII. §. cùm quis. ff. de acquir.*
ses. & in l. cùm heres XI. ff. de diuer. temp. præscrip. vbi affirmatur, precariam
ssessionem esse vitiosam, illaque tria vitia possessionis, quod quis vi,
im, aut precariò possidet, in eodem gradu collocantur. Responderi
test dupliciter: vel quòd precaria possessio dicitur iniusta, respectu il-
s, à quo quis precarium accepit. Vel quod verius est, quòd precaria pos-
sio respectu ciuilis possessionis, quæ ad vsucapionem requiritur, vitiosa
nseatur: nam ille qui precariò possidet, vsucapere non potest, *l. si quis*
turno 10. ff. Si seruit. vend. d. l. cùm heres. l. Pomponius. §. si is qui ff. de
u. pos.

ASSERTIO XCIX.

Pupillus animo desinere possidere non potest, corpore potest.

PVPILLVS sine tutoris auctoritate possessionem animo amittere non potest, quia animi iudicio caret, sicut furiosus. *l. Fulcinus. VII. §. planè. ff. Ex quib. caus. in poss. eat.* Corpore tamen potest desinere possi-
re sine tutoris auctoritate. *l. possessionem XXIX. ff. de acquir. posses.* quia
facti iure ciuili infirmari & conuelli non potest, *l. 1. § si vir. ff. de acquir.*
s. id est, ius ciuile efficere non potest, vt qui exiuit de fundo, non exie-
Ius ciuile factum infectum efficere non potest. Cæterùm corpore per
solo non amittitur possessio.

Sed obstat *l. pupillum XL. ff. de acqu. rer. dom.* vbi dicitur, ne naturalem

quidem poſſeſſionem pupillum amittere poſſe, *niſi* præſente tutore auctore. *Reſp.* Quòd hic dicitur, intelligendum eſt tam de ciuili, quàm naturali poſſeſſione, hoc modo, vt pupillus neque civilem poſſeſſionem; quæ jure & animo domini habetur, neque naturalem, quæ alio jure ſubnixa eſt, veluti vſusfructus vel pignoris iure, animo amittere poſſit, ſine tutoris auctoritate, corpore ſaltem ab eo poſſit diſcedere; quæ diſceſſio abſque animo in cauſa amittendæ poſſeſſionis nihil efficit, quia poſſeſſio abſque animo non amittitur.

Obiicitur ſecundò *l. 2. §. ſi à pupillo ff. Pro empt.* vbi qui à pupillo abſque auctoritate tutoris bona fide rem alienam emit, cùm ignoraret eum pupillum eſſe, vſucapere poteſt. *Reſp.* Vtilitatis ratione propter iuſtum errorem id receptum eſt, vt emptor qui emit rem à pupillo, qui omnium opinione exiſtimabatur eſſe pubes, vſucapere poſſit; quia iuſtus error ad perficiendam vſucapionem nemini nocere debet. *l. quod vulgò* XI. *ff. Pro empt.*

ASSERTIO C.

Poſſeſſio per colonum, commodatarium, & depoſitarium, quamuis alteri locet, commodet, vel deponat, retinetur.

SI rem tibi commodatam, tu alij exiſtimanti eam rem tuam eſſe, commodaueris, ego qui commodaui, non deſino eam poſſidere. *l. qui uniuerſas* 30. *§. vlt. ff. de acq. poſ.*

Sed obiicitur huic ſententiæ *l. ſi pignore* 54. *§. 1. ff. de furt.* quæ lex commodatarium, qui rem commodat alii, furtum facere tradit. Itaque ſi furtum facere ait, dominum poſſeſſione rei interuertit. Ergo dominus poſſidere deſinit. Reſp. Non deſinit poſſidere, quia etſi per eum cui commodauit, non poſſideat, quia fur eſt, poſſidet tamen per ſecundum commodatarium, ſi ipſe furti conſcius non fuerit; puta ſi putauit, vt non abs re ponitur *in d. §. vlt.* rem fuiſſe commodantis. Vel potius reſponderi poteſt, quòd commodatarius qui inuito domino rem alteri commodat, non tam poſſeſſionis, quàm vſus furtum facit. *d. l. ſi pignore. §. 1.* Cùm enim per commodatum non transferatur poſſeſſio, *l. rei commodatæ 8. ff. Commod.* ſed vſus tantùm; ſequitur, quòd commodatarius per ſolum commodatum factum inuito domino, faciat quidem furtum ipſius vſus, ſed tamen poſſeſſionem domini non interuertat.

Secundò

Secundò statuitur, me retinere possessionem, si colonus meus fundum alii locauerit, quod suo iure, sine vitio facere potest. *l si id quod 25. §.1.ff. de adquir. pos. l. nemo. 6. C.Loca.* Idemque, si is apud quem rem meam deposui, apud alium rursus eam deposuerit, quòd etiam suo iure facere potest, *l. si is apud quem 16. ff. depos.* Quod enim mihi custodiendum datum est, possum iterum alteri custodiendum dare.

Sed obiicitur *l. non solùm 33. §. qui pignori. ff. de vsucap.* vbi traditur, dominum desinere possidere, si depositarius vel commodatarius rem alii tradiderit. Resp. Ibi commodatarius vel depositarius ex causa habili & idonea ad translationem dominii alteri rem tradidit, puta ex emtione vel donatione, quo casu interuertit possessionem domini. At si rem alii commodauerit, putans rem eius esse, vel si deposuerit apud alium, vel si alii locauerit, putans rem eius esse, non desinit dominus possidere. *Gl. & Bart. in d.l. qui vniuersas. §. vlt.*

CENTVRIÆ



CENTVRIÆ QVARTÆ

ENANTIOΦANΩN.

ASSERTIO I.

Duo in solidum eandem rem posidere non possunt.



HÆc thesis latè & copiosè satis confirmata est Centur. III. *Assert.* LXXXII. Et conuincitur porrò hoc necessario argumento, quòd possidere est vacuam rei possessionem apprehendere, *arg. l. 3. in princ. ff. de act. emp.* Quod quià à duobus in solidum fieri non potest, cùm si vnus semel rem apprehenderit, non potest alius absolutè & solidè eandem rem occupare, nisi alter posidere desierit. *l. certè. §. 1. ff. de precar. l. 3. §. ex contrario. l. clàm. §. qui ad nundinas. ff de acq. pos.* sequitur, duos in solidum eiusdem rei possessores esse non posse.

Obiicitur *l. si finita. §. si plures. ff. de dam. inf.* vbi dicitur, si plures Prætor mittat in possessionem damni infecti nomine, singulos posidere. Resp. Posident quidem singuli, sed non in solidum, quia concursu partes faciunt. Hoc autem Prætor rectè facit in iis quos ipse possessores facit, quos ipse mittit in possesionem. At cùm in interdicto. Vti posidetis inter duos incidit controuersia de possesione, Prætor hoc facere non potest, quia litigatores ad Prætorem veniunt hoc animo, ut alterutrius possesio declaretur esse iusta, in eaque ab aduersario non turbetur.

Secundò obiicitur *l. si duo. ff. Vti posid.* vbi dicitur, duos in solidum eandem rem posidere. Resp. Duo quidem in solidum posident, sed diuerso respectu; Vnus ciuiliter & ex iusta causa; alius iniustè, puta vi, clàm aut precario. Sed tamen quod ad summam, hoc est, perfectionem possesionis attinet, duo non possunt eandem rem in solidum posidere, id est, non possunt perfectè & absolutè posidere. Nam ille demum posidet, qui vacuam rei possesionem apprehendit. Itaque qui, vi clàm aut precariò posident, item vsufructuarius, creditor qui rem pignori accepit, naturaliter quidem posident, sed tamen perfectè non posident, quia vacuam

rei possessionem non apprehenderunt. *l. clam.* §. *vlt.ff. de acq.pos.l.& habet.* §. *eum qui.ff.de preca.l.1.§.per eum.ff.de acq.poss.*

Tertiò aduersatur *l.1.ff. Vti posid.* vbi Prætor inquit, Vti possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto. Ergo videtur admittere duos in solidum possidere. Resp. Prætor ait, Vti possidetis, non quòd duo verè possideant, sed ratione controuersiæ tantùm, quæ inter duos est de possessione. Cùm enim vterque contendit se possidere, & ambo probant aliquot actus possessorios, & judici non constat de alterutrius possessione justiori, vtputa si neuter probauit titulum vel antiquiorem possessionem, tunc judex ita pronuntiare solet, Quia vos vtrosque inuenio possidere, & neutrum altero justiorem possessorem deprehendo, vnde sicut jam possidetis, ita possideatis, donec de alterius justiore causa appareat in judicio petitorio. Ita tradit eleganter *Zazius ad d. l. 3. §. ex contrario. ff. de acq. pos.* vbi notat, quòd duo possident in solidum, non vera sed apparenti possessione, vt quia vterque probat aliquot actus possessorios, vtputa si quis fundum arauit, vel coluit, si eundem alicui pro annua mercede locauit, si reditus vel pensiones fundi percepit, si tributa & collectas pro fundo persoluit, qui actus arguunt, & probant possessionem penes aliquem existentem. *l. Titia 48. ff. de solut. l. si quis conductionis 25. C. Loca. c. querelam. ex. de elect.* Similiter & per ingressum possessionis animo & intentione volentis sibi possidere, probatur acquisitio possessionis. *l. 3. in princ. ff. de acqu. pos. Gail. lib. 2. Obser. c. 52.*

Quartò opponitur *l. & habet,* §. *eum qui. ff. de precar.* vbi & is qui precariò dedit, & is qui precario accepit, possident. Resp. Qui precariò dedit, verè solus possidet, quia ad tempus tantùm dedit, & eo animo, vt rem accipientis non faciat, sed vt in eum possessionem transferat pro tempore: quæ tamen impropria & adumbrata est possessio. Qui precariò accepit, detinere potius, quàm possidere dicendus est, quia solus vsus possessionis penes eum est, jus autem apud eum qui dedit; sed dicitur possidere ideò, quia possessoris commodo fruitur, *Connanus lib. 3. Com. c. 10. num. 6.*

Quintò obstat *l. clam.* §. *qui ad nundinas. ff. de acq poss.* vbi dicitur, eum qui absentis fundum ingressus est, possidere clam, & absentem nihilominus possidere. Resp. Is qui clam possidet, impropriè possidet: manet enim is cuius fundus clam occupatur, in possidendi voluntate: sed dicitur alter clam possidere, hoc est, detinere, sicut is qui precariò rogauit, possidere dicitur, id est, tenere & habere. Vtraque enim & clandestina & precaria possessio, non est vera possessio. Sed obstat solutioni *l. rem quæ nobis 15. ff. de acq. pos.* vbi dicitur, rem quæ nobis surrepta est, perinde intelligimur desinere possidere, atque quæ vi à nobis ablata est. Resp.

 Furtum

Furtum in rebus mobilibus tantùm committitur, quarum rerum possessionem amittimus, cùm eas ita perdiderimus, ut nesciamus ubi sint. Eleganter *Connanus d. loco.*

ASSERTIO II.

Vsucapio non pugnat cum naturali æquitate.

VIDEBATVR prima facie intuenti dicendum, quòd vsucapio pugnet cum naturali æquitate, quia ius naturæ neminem vult locupletari cum alterius iactura. *l. nam hoc natura. ff. de cond. inde.* Sed qui rem alterius vsucapit, cum veri domini incommodo fit locupletior. Resp. Damnum quod quis sua culpa sentit, non videtur damnum sentire. *l. quod quis 203. de R.I.* Itaque non locupletatur vsucapiens cum iactura prioris domini, quia ipse sibi imputet, quòd rem suam tanto tempore persequi neglexerit. Præterea introducta est vsucapio in pœnam dominorum, quorum ignavia deseruntur possessiones, & prædia quasi inculta relinquuntur.

Secundò naturalis æquitas dictat, vt id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium non transferatur. *l. id quod nostrum x 1. de R.I.* At vsucapio vero domino aufert dominium, & sine eius voluntate vsucapienti tribuit. Resp. Licet videatur præscribens veteri domino quodammodo inuito suum auferre, tamen penitius rem intuenti apparebit, præscribentem non acquirere rem præscriptam inuito veteri domino. lex enim præsumit, dominum tanto tempore tacentem, & negligentem res suas, in alienationem consentire. Qui enim patitur rem suam præscribi, censetur longa patientia illam alienare, & alienationi consentire. *l. alienationis 28. de V.S. Oldend. c.2. de vsucap.* Ad hæc publica tranquillitas, & salus populi, quæ suprema lex esse debet, præferenda est vtilitati priuatæ, cùm lex superior vincere debeat inferiorem. Atqui vsucapio bono publico introducta est, ne scilicet dominia rerum diu in incerto maneant, sed vt securitati possessorum consulatur. *l.1. ff. de vsuca.* Etsi enim diutissimè quis rem possederat, tamen certus de iure suo esse non poterat, quoad lex ciuilis per vsucapionem acquisitioni dominij certum statuisset modum. Vnde dicitur, quòd vsucapio sit finis litium. *l. vlt. ff. Pro suo.* Idem affirmat *Cicero*, dum scribit quod vsucapio est finis sollicitudinis, & periculi litium.

Denique obijcitur *No. const. 9. §.1.* vbi dicitur, quòd præscriptio sit impium præsidium, & improba temporis allegatio. Ergo pugnat cum æquitate, quæ naturalis est. *l.1. ff. de pact.* Resp. Ibi Iustinianus illam vocat impiam

piam & improbam præscriptionem, quæ cum mala fide procedit: quando scilicet mala fide quis detinet bona ecclesiastica, talem præscriptionem lex improbat. Ergo vsucapionem, quæ bonam fidem requirit, euidenter confirmat. Ita respondet *Menoch. in arbitr. iud. quæst. lib. 1. quæst. 39.*

ASSERTIO III.

Si quis in diuerticulo fluminis publici solus pluribus annis piscatus sit, alium eodem iure vti volentem prohibere potest.

TEXTVS est *in l. si quisquam. ff. de diuer. tem. præscr.* Hoc autem ita accipiendum est, quòd hoc ius propter longam quasi possessionem præscribendo, id est, excipiendo possessori datum sit, & piscandi ius in diuerticulo fluminis, præscriptione longæ possessionis defendi possit à possidente. Nam si ipso exercitium piscandi intermittente, alius iam piscandi ius vsurpet, actio non datur ad obtinenda loca publica iure gentium. *l. vlt. ff. de vsucap.* Itaque qui quæsitum semel ius piscationis longa possessione, iterum amisit non vtendo, nulla actione id recuperare potest: quia postquam desinit vti, & cessat piscari in flumine, locus redit ad causam publicam, & cedit iterum occupanti sine publico incommodo. *l. quod in littore. ff. de acq. rer. dom.* Ita sensisse *Martianum in d. l. si quisquam*, probatur ex eo, quòd de littore occupato similiter respondit *in l. in tantum. ff. de rer. diuis.* vbi docet idem Martianus, quòd qui in littore maris ædificauit, soli dominus sit, quamdiu ædificium manet. Et è diuerso, sicut ædificio in littore posito, diruto, locus ille redit ad causam publicam; ita si desinat piscari, qui solus longo tempore in aliqua parte fluminis piscatus est, alterum eodem iure quin vtatur, prohibere non potest. Hoc autem interest, quòd in littore sufficiat occupatio sine longa possessione, in fluminis diuerticulo verò, ad ius piscandi acquirendum, longa possessione opus est: flumen enim est in bonis, & publico iure populi. *l. 2. ff. Ne quid.*

Non obstat *l. vlt. ff. de vsucap.* Vbi dicitur, quòd longæ possessionis præscriptio ad obtinenda loca publica non procedat. Respondetur enim, quòd ius piscandi in flumine plenè & absolutè vsucapione non acquiratur, sed tamdiu quis illud sibi tanquam proprium vsurpare & vendicare possit, quàm diu iure piscandi vtitur. Si autem desinat piscari, alterum quin eodem iure vtatur, prohibere non potest. Præterea requiritur præter continuum plurium annorum exercitium & vsum piscandi, vt & alios

ibi piſcari volentes prohibuerit,& ſic in quaſi poſſeſſione huius iuris per prohibitionem longo tempore factam ſit conſtitutus. *Iaſon in l.quo minus. ff.de flumin.* Ratio decidendi, quòd ius piſcandi in flumine publico non acquiratur, niſi & alij eodem iure vti volentes ab occupante prohibeantur, hæc eſt, quia piſcari in flumine publico, vel ire per viam publicam, ſunt actus meræ facultatis, qui non poſſunt præſcribi, nullo vnquam tempore, ne quidem per mille annos. ſed tum demum acquiruntur, ſi & alij ab eiuſdem iuris vſu prohibeantur, & ijdem prohibitioni acquieſcant. *l.2. ff. de via publ. & ibi Gl. & Bart.* Pulchrè *Grauet. de antiqu. temp. par.4. c.5. num.98. Balb.in tract.de præſcrip.part.5.part.princ.qu.1. DD.in l.qui iure familiaritatis.41.ff.de acqu.poſ.Covarru. in c.poſſeſſor.part.2.§.4.in 6.*

Ideoque non ex ſolo vſu piſcationis inducitur poſſeſſio alios excludens, cùm piſcatio res ſit meræ facultatis, & vno deſinente piſcari, alius quo minus ibi piſcetur, prohiberi nequeat; ſed requiritur præterea, vt ius & poſſeſſionem prohibendi à piſcatione, prior poſſeſſor & piſcator longo tempore continuauerit. *Weſem. ad tit. de ſeruit.num.5. in parat. & ad §.flumina.Inſt. de rer.diuiſ. Elegauter Cuiac. ad l.vlt. ff.de vſucap.*

Obijcitur *l.iniuriarum 13.§.vlt.ff.de iniur.* vbi dicitur, teneri eum actione iniuriarum, qui prohibet aliquem piſcari in mari ante ſuas ædes. Reſp. Tunc demum tenetur iniuriarum, ſi prohibens non eſt in poſſeſſione & vſu piſcandi. Aliàs ſi longo tempore præſcripſit ius piſcandi, & adhuc eſt in exercitio piſcandi, ſi alios prohibeat à piſcatione, non tenetur iniuriarum actione.

ASSERTIO IV.

Ius luendi pignoris præſcriptione XXX. vel XL. annorum non tollitur, iuxta communem DD. opinionem.

DEBITORI perpetuò competit ius offerendi pecuniam, vt liberet pignus, nec ei obijci poteſt præſcriptio XXX.annorum: ſemper enim iuſtum & æquum eſt, ſoluta pecunia pignus debitori reſtitui. Probatur hæc deciſio tribus firmiſſimis rationibus & argumentis: Primò quia ad præſcriptionem iuſtus titulus & bona fides requiritur. *l. nullo. C.de rei vend. l.vnic.C.de vſuca. transfor.* ſed creditor titulum iuſtum vel habilem ad vſucapiendum non habet. Deinde & poſſidentis pignus nulla poteſt eſſe bona fides; quia creditor ſcit ſe rem alienam poſſidere. Igitur cùm creditor

itor pignus non præſcribat, ius offerendi ad liberandum pignus perpe-
tuò debitori competit.

Secundò qui alieno nomine poſſidet, non præſcribit. *l.malè agitur.C. de præſc.30. an. l.1. C. Com. de vſucap.* Ad præſcriptionem enim requiritur, vt pro domino quis poſſideat, vt ſibi non alij poſſideat. Sed creditor pro alieno poſſidet, non autem pro ſuo, ideoque non poteſt præſcribere. *l. pignori 13.ff. de vſucap.*

Tertiò actio non poteſt tolli præſcriptione, antequam nata ſit, ſed pignoratitia actio non naſcitur tempore contractus aut conuentionis de pignore conſtituendo; verùm tum demum, cùm debitor pignus repignorauit, id eſt, creditori ſoluit aut ſatisfecit, & ita pignus recepit. *l.ſi rem.§. omnis ff. de pig. act.* Igitur non prius præſcribet creditor pignoratitiæ actioni, niſi poſtquam iam nata eſt, hoc eſt, vbi debitor ſoluit, aut ſatisfecit.

Obijciuntur huic enuntiato tria argumenta. Primum eſt *ex l. cùm notiſsimi. §. eodem. C. de præſ.30. an.* vbi ſtatuitur, quòd iuri offerendi longiſſimo tempore præſcribatur. Sed *ille* §. nihil aduerſatur, quia hoc tantùm dicit, quod hypothecaria actio, quam poſterior creditor contra priorem habet, longiſſimi temporis præſcriptione tollatur: non autem tradit, quòd ius liberandi pignoris competens debitori præſcriptione extinguatur. Ius offerendi competit etiam creditori pignoratitio. Sic ius offerendi datur creditori poſteriori, volenti in ius prioris creditoris ſuccedere, vt ſcilicet tertius creditor offerat primo creditori, quod ei debetur, atque ita in locum eius ſuccedat, & præferatur ſecundo creditori. *l.1. & 5. C. Qui po. in pign. l. potior 11. §. vlt. ff. eod.* Hoc ius offerendi competens poſteriori creditori, longiſſimi temporis præſcriptione tollitur. *d. §. eodem. Pacius ad 10. nu.26. C.de pig. act.*

Secundò opponitur *l. nec creditores. & l.vlt. C.de pig. act.* Verùm iſtæ leges nihil obſtant; quia loquuntur de nata iam pignoratitia actione: quam negant tolli longo tempore, vbi rectè eam longiſſimi temporis præſcriptione conſumi Ioannes affirmat. Verior itaque hæc eſt ſententia, quòd ius luendi pignoris XXX. vel XL. annorum præſcriptione non tollatur, quam fortiter defendit Rogerius in dialogo de præſcriptione, contra *Bulgarum & Accurſium,* qui iuri offerendi putant præſcribi XXX. annis. Eruditè *Cuiac. ad l.pignori. ff.de vſucap.*

Tertiò obijcitur, quòd debitor potuiſſet intra XXX. annos pignus luere, & ſic pignoratitiam actionem ſibi gignere. Hoc ergo cùm non fecit, cùm facilè facere potuerit, meritò ipſi præſcriptio obſtabit. Qui enim poteſt facere, vt poſſit parere conditioni, iam poſſe videtur: *l.qui poteſt 174. de R.I.* Reſp. Non valet conſequentia, vt ex ſimili colligi poteſt. Nam &

filiusfam. facilè impetrare poteſt à patre, vt ſibi agendi poteſtatem faciat de bonis aduentitijs, & tamen ſi filiusfam. hoc non fecerit, non propterea obſtat ei agere volenti præſcriptio: *l. vnic. §. fi. C. de anna. excep.* Ergo multò minus debet obſtare debitori, quòd intra XXX. annos pecuniam non ſoluerit, cùm paratior plerunque ſit agendi quàm ſoluendi facultas. Illud poſtremò adijciendum, quòd conſuetudine Germaniæ præſcriptione centenaria, ius luendi, quod procedit ex pacto retrouenditionis, extinguatur; ſed ius luendi pignoris, quod competit debitori, ſemper durat, nec præſcribitur vllo vnquam tempore. Ita ſeruatur paſſim in Germania, & iuxta hanc opinionem in Camera imperij iudicatur. *Weſem. cent. 1. conſ. 2. & 8. Minſ. cent. 1. Obſ. 16. & cent. 4. Obſ. 4. Gail. lib. 2. Obſ. c. 18. Borcholt in tract. de vſur. c. 7. Pacius ad d. l. 10. nu. 28. C. de pig. act.* vbi notat hanc eſſe communem DD. opinionem, quod ius luendi pignoris 30. annorum præſcriptione non tollatur, licet contrariam ſententiam confirmaverit *Senatus Pariſienſis teſte Andrea Tiraquello in tractatu de retractatu conventionali nu. 26.* Quem ſequitur & probat *Contius ad l. 4. C. de præſc. 30. an.* vbi notat moribus totius Galliæ receptum eſſe, vt ius luendi, offerendi & redimendi pignoris præſcriptione 40. annorum tollatur.

ASSERTIO V.

Qui XXX. *annis penſiones annuas non ſoluit, liberatur à præſtatione præteritarum, non futurarum penſionum.*

ILLVSTRIS & in iudicijs admodum frequentata eſt quæſtio, quomodo annuæ penſiones præſcribantur: in qua tres præcipuæ & diuerſæ interpretum opiniones reperiuntur, quas recenſet *gl. in l. cùm notiſsimi. §. in ijs. C. de præſ.* XXX. *an.* Prima fuit Bulgari & Rogerij, qui putarunt in annuis præſtationibus XXX. annorum ſpacio ius exigendi in totum tolli, quos ſequuntur *Accur. Bart. Iaſ. & alij. Maſſue. in pract. tit. de præſcript.*

Secunda fuit opinio *Martini, in d. §. In ijs,* putantis ſingulorum annorum ſingulas eſſe præſcriptiones, atque ita tam ex contractibus, quàm legatis, præſcribi XXX. annorum ſpacio præterlapſas, non etiam futuras penſiones: quem ſequuntur *Pet. de beba Pertica. Cynus, Salicet. & Fulgoſ.*

Tertia fuit ſententia Ioannis diſtinguentis annuas præſtationes ex contractibus, ab ijs quæ ex legatis deſcendunt; in legatis, XXX. annorum ſpacio præteritas tantùm penſiones præſcribi, in contractibus verò vnam tantùm

antùm præſcriptionem ſufficere, etiam quoad futuras penſiones. Quam pinionem ſequuntur *Azo & Balbus de præſcrip.4. par.4. princ. in 4. quæſt.princ.* n hac opinionum diuerſitate videtur probabilior Martini opinio, videlicet, quòd præſcriptione xxx. annorum, penſiones præteritæ non futuræ ræſcribantur.

Confirmatur hæc ſententia tribus potiſſimùm argumentis. Primò *per l. ſi vſusfructus. ff. Qu. mo. vſusf. am.* vbi dicitur, ſi alternis annis relictus ſit ſusfructus, quòd huiuſmodi legatum annuum non vtendo non amittair: quia quilibet annus ſuum incipit vſumfructum, & in legatis annuis ot ſunt legata, quot anni, & ſic totidem actiones & præſcriptiones: nec ifficit vnica præſcriptio pro omnibus annis. Hæc eſt communis & recetior DD. opinio, vt notat *Guido Papæ quæſt.406. in deciſ. Gratianop.* & ideò n iudicando eſt, ſequenda.

Secundò probatur hæc opinio *per tex. in d.l. cùm notiſsimi. §.fin.* vbi dicitur, in annuis præſtationibus computari præſcriptionem ab initio cuiuſue anni. Deinde text. ibi æquiparat debita ex vltima voluntate & conactibus: itaque cùm ſingulorum annorum ſit vna & ſeparata præſcriptio, non poteſt vnica præſcriptio pro futuris penſionibus ſufficere. Et æc ſententia, quòd ſcilicet præſcriptio annuarum penſionum ad futuras enſiones non extendatur, in Camera Imperij obſeruatur, vnde ab ea redere in foro non eſt tutum. Ita notat *Minſ.cent.3. Obſ.13.*

Tertiò confirmat hanc ſententiam, quòd tam in contractibus, quàm timis voluntatibus, pro ſequentibus annis, in annuis debitis eſt obligao in diem vel ſub conditione. *l. ſi Stichum 16. §.1. de ver. obl. l.1. C. Quan. di. c.* vbi dicitur, quòd in annuis legatis ab initio cuiuſque anni competit rimùm exigendi facultas. Ergo pro annis ſequentibus, ante diem obligationis non incipit currere præſcriptio: quia quod nondum exiſtit, ſed certa conditione ſuſpenſum hæret, præſcribi non poteſt: & actori non oſtat præſcriptio, niſi ab eo tempore quo agere potuit, & debitorem d ſoluendum compellere. *l. filiusfam.11. ff. de tute. & rat. diſtr. d.l. cùm notiſsimi. illud. l.1. in fi. C. de anna. excep.*

Ad l. Eos. C. de vſur. qua traditur debitorem xxx. annorum præſcriptio: à ſorte liberatum, ab vſuris quoque liberari; reſpondetur, quòd illa vſuris, fructibus, & reliquis acceſſionibus loquatur, hæc autem in ſor & principali debito vera ſunt. Cùm enim obligatio vſurarum ſit acceſo ſeu ſequela ſortis ſiue principalis obligationis, ſequitur quòd extincta incipali obligatione ſortis per præſcriptionem xxx. annorum, extinguar quoque obligatio acceſſoria vſurarum. *l. cùm principalis 178 ff. de R.I.* Directum obtinet in reditibus annuis intra xxx. annos non ſolutis: tunc

enim

enim præteriti tantùm temporis reditus, quorum respectu XXX. anni præterlapsi sunt, peti & exigi non possunt: sed sequentium annorum reditus rectè petuntur: cùm isti annui reditus tanquam principale debitum per se subsistant. *Costalius ad d. l. si vsusfructus. Borcholt. de vsur. c. 4. num.* 38. 39. *&* 40.

ASSERTIO VI.

Personales actiones amittuntur XXX. *annis, licet præscribens careat bona fide.*

HÆc propositio iure ciuili est indistinctè vera, vt aliquis sit litium finis, & ne in incerto maneant rerum dominia. *Wesem. ad tit. Si vsusfr. pet.* Imò & iure Canonico hoc verius & probabilius esse defendit *Costal. ad l. 6. ff. de seru. vrb. pred.* Ratio est, quia ad præscriptionem actionum personalium non dispicitur factum possidentis, sed negligentia non vtentis seu agere cessantis sufficit: & præscriptiones longissimi temporis non respectu possidentium, neque considerato vtrum bonæ vel malæ fidei sint, sed in odium tantùm agere negligentium sunt introductæ. *l. vlt. C. de anna. exc.* Probat hoc *Bart. quoque in l. 4. §. si viam. ff. de vsucap.*

Obijcitur, quòd iure Canonico malæ fidei possessor nunquam præscribat. Resp. Hoc intellectum & rationem habet, in casibus, in quibus possessio & vsus præscribentis requiritur, non autem in ijs actionibus, quæ sola negligentia non vtentis amittuntur. Probatur hoc exemplo seruitutum. In præscribenda libertate seruitutum vrbanarum opus est facto præscribentis: vtputa qui debet vicini prædio seruitutem tigni immittendi, non aliter libertatem seruitutis præscribit, quàm si vicinus non habeat tignum immissum: & præterea requiritur, vt foramen in quod vicini tignum immitti solet, à domino prædij seruientis sit obstructum. *l. hæc autem 6. ff. de seru. vrb. præd. l. etsi fortè. §. 1. ff. Si ser. vend.* Non amittuntur vrbanæ seruitutes non vtendo, sed præterea facto eius opus est, qui seruit. Itaque tum demum amittuntur, cùm is qui seruitutem debet, aliquid contra seruitutem agendo, prædij sui libertatem vsucepit. *l. si quis alia. §. vlt. ff. Quem. seru. amit.* Igitur quia vsus & factum possidentis necessariò requiritur, debet habere præscribens bonam fidem, & existimare se suo iure vti. *l. si ædes 1. ff. de ser. vrb. præd. l. 1. C. de seru. & aqu. l. si quis diuturno. ff. Si seru. vend.* Contrà ad præscribendam libertatem à seruitute rustica satis est amittentem non vti, licet alter nihil faciat. Itaque quia per solam non vtentis

vtentis negligentiam rusticæ seruitutes amittuntur, ideò nec præscribentis bona fides requiritur. Quamobrem licet is cuius fundus debet seruitutem, dominum viæ vi expulerit, nihilominus longo tempore viam præscribet *l.4. §. si viam. ff. de vsucap.* Vnde rectè colligitur, quòd in præscriptione actionum personalium mala fides non attendatur, eò quòd in præscriptione illarum nullum interueniat factum possidentis, sed tantùm negligentia non vtentis vel non agentis inspiciatur. *Costal.d.loco.* Illud postremò notandum, quod licet præscriptio XXX. annorum in actionibus personalibus bonam fidem non requirat, tamen contra hanc præscriptionem datur restitutio in integrum ex capite ignorantiæ, ijs qui ius suum ignorantes sibi præscribi siuerunt: intra quadriennium à tempore scientiæ computandum. *gl. in l.sicut. verb. militiæ. C.de præsc.30. an. & in d.§. si viam. quod comprobat Wesem. cons. 5.*

ASSERTIO VII.

Mala fides superueniens post impletam præscriptionem, non interrumpit eam.

VETVS est quæstio, An si mala fides post completam præscriptionem superueniat, debeat res præscripta restitui. Et verior est sententia, quod possit res præscripta retineri. Ita decidit *Gl. in c. vigilanti. ex. de præscrip.* Et hanc sententiam communis DD. schola amplectitur, *attestantibus Panor. in d. c. vigilanti. Ioan. Andr. Alberico & Dyno. in c. possessor. de reg. iur. in 6. Balb. de præscript. in 3. part. princ. 2. part. quæst.7.* Ratio est, quia legis auctoritate iam in eum translatum est dominium, & iustè possidet, qui legis auctoritate possidet. *l. iustè. ff. de acq. pos.* Confirmatur & hæc thesis hac euidenti ratione, quia non potest dici in mala fide esse, cui superuenit scientia rei alienæ, completa iam præscriptione. Nam mala fides est scientia rei alienæ, sed res præscripta non potest dici aliena, postquam est præscripta, sed censetur propria præscribentis. Tertio confirmatur ista assertio tali ratione, quod lex vel Princeps ex iusta causa potest dominium auferre vni, & tribuere alteri, *l. Lucius XI. ff. de euict. l. item verberatum* XV. *§.1. ff. de rei vend.* Si ergo Princeps domino inuito & non consentiente potest dominium rei suæ alicui ex legitima causa auferre; ergo cùm similiter lex vel Princeps adijcit præscribenti dominium, non tenetur is qui legis auctoritate præscripsit, rem vsucaptam restituere, quia non detinet alienum, sed quod auctoritate legis suum factum est. Non enim potest dici alie-

num, quod iure & ex ordinatione legis poſſidetur. *c. quid dicam 14. q.4.* Lex nanque magis noſtrarum rerum domina cenſetur, quàm nos ipſi, vel vlli priuati domini, cùm lex ſit omnium rerum domina & regina. *l.2.ff. de legib.* Confirmat hanc deciſionem *Fachin. libr.1. contro. iur. c.64.* Vide *Franciſ. Sarmien. libro 2. Selectar. interpretat. cap.10. Vaſquium in illuſtr. controverſ. par.1. lib.2. c.74.* vbi dicit & refert hanc eſſe communem opinionem *Canoniſtarum & Legiſtarum.*

ASSERTIO VIII.

In vſucapionibus dies cœptus pro completo habetur.

VLPIANVS *in l.6.ff. de vſucap.* ita reſpondit: In vſucapionibus non à momento ad momentum, ſed poſtremum totum diem computamus. Quibus verbis hoc ſignificat IC. non computare nos in vſucapionibus tempus ab hora ad horam, vt neceſſe ſit, qua hora quis cœpit poſſidere & vſucapere, in eandem horam deſinere vltimi anni diem, quo finiatur vſucapio, ſed computare totum diem poſtremum: vt ſcilicet cùm ad eum diem peruentum ſit, quamuis cœptus tantùm ſit, non finitus, nihilominus completum cenſeatur vſucapiendi tempus. *l. penult. ff. de diuer. temp. præſcr.*

Sed obſtat huic ſententiæ *l. in omnibus 6. ff. de obl. & act.* vbi ſic ſtatuitur: In omnibus actionibus temporalibus, niſi nouiſſimus dies totus compleatur, non finitur obligatio. Ergo actio in rem prioris domini non finietur quoque per vſucapionem, niſi nouiſſimo vſucapionis die completo. *Reſp.* Iſtius legis definitio tantùm de actionibus in perſonam ſcripta extat, & ad actiones in rem, quæ vſucapione perimuntur, nulla ratione pertinet. Quod verba legis euidenter demonſtrant: nam lex ait finiri obligationem: atqui ſolæ actiones perſonales naſcuntur ex obligatione, actio in rem minimè. *§.1. Inſtit. de actio.*

Sed quæritur ratio diuerſitatis, cur actiones perſonales non finiantur niſi nouiſſimo die completo, actio verò in rem finiatur ſimul atque vſucapio ad nouiſſimum diem poſtremi anni peruenit, etiamſi is dies nondum ſit finitus. Dicendum, in vſucapione id receptum eſſe fauore bonæ fidei poſſeſſoris, vt qui vltimum diem triennij attigerit, vſucepiſſe dicatur. E contra in præſcriptione actionum perſonalium ideò dies de momento ad momentum computantur, quia ibi tantùm attenditur negligentia creditoris

creditoris cessantis actionem exercere, non fauor possidentis. Ideoque quia istæ præscriptiones actionum personalium sunt odiosæ, strictius sunt interpretandæ.

ASSERTIO IX.

Pignus à debitore creditori surreptum vsucapi potest, hypotheca non item.

DOCET IC. *Paulus in l.4. §. si rem. ff. de vsucap.* quòd si debitor creditori rem pignori datam surripuerit, & vendiderit, nihilominus eam vsucapi posse. Concordat *l. si rem 5. ff. Pro empt.* Sed contrarius sibi ipsi est Paulus *in l. vlt. ff. de vsucap. & cum illa lege congruit l.6. C. de vsucap. pro emp.* vbi deciditur, quòd ad hoc vt pignus à debitore creditori surreptum, & alteri distractum vsucapi possit, requiritur, vt priùs peruenerit in potestatem creditoris.

In hac antinomia concilianda seruanda mihi videtur distinctio Cuiacij, tradita *in d. §. si rem.* quæ ita habet: Aut debitor creditori detinenti pignus surripuit & vendidit, & eo casu pignus ab emptore vsucapi potest. Ratio est, quia postquam furtum factum est, res redijt in potestatem debitoris, atque sic furti vitium purgatum est; & ita accipienda est. *d.l.4. §. si rem. & d.l. si rem.* Aut debitor pignus quod à creditore non tenebatur, alij vendidit & tradidit; & hoc modo si furtum factum sit, res vsucapi non potest. Ratio diuersitatis est, quia postquam furtum factum est, res non redijt in potestatem debitoris, sed antè, vt non sit purgatum vitium; atque ita res quasi furtiua vsucapi non potest. Et hoc modo intelligi debet *d.l. vlt. & l.6. C. de vsucap. pro empt. Castrensis* conciliat hasce leges hac distinctione. Aut per extraneum res pignori data surripitur, & tunc non vsucapitur, nisi perueniat in potestatem domini. Aut per ipsum dominum seu debitorem surripitur, & tunc non efficitur furtiua, ideoque nec opus est vt redeat in potestatem domini: quia satis censetur reuersa, ex quo apud eum fuit. Ita accipienda est *d.l.4. §. si rem.* Quod tamen ita procedit, vt respectu veri domini possit vsucapi, & contra ipsum dominum. Sed quantum ad hoc, vt possit vsucapi contra creditorem, & quoad ius hypothecæ, requiritur, vt reuertatur in potestatem creditoris, cui surrepta est res pignori data, & aliter non præscribitur. Ita intelligenda est *l. vlt. ff. de vsucap.* Ita notat *Castren. abbreviator Bartoli ad l.4. § quod autem. num.4 ff. de vsucap.*

ASSERTIO X.

Res empta à furioso bona fide, vsucapi potest.

QVI ignorans rem emit à furioso, cùm putaret eum sanæ mentis esse, possidet & vsucapit pro emtore. *l. pignori 13. §. 1. ff. de vsucap.* Quæstionem mouebat, quòd vsucapio sine titulo non procedit: sed hîc nulla censetur esse emtio, quia furiosi consentire non possunt: attamen vtilitatis causa hoc receptum esse, vt procedat vsucapio, tradit Paulus in *l. 2. §. si à furioso. ff. Pro empt.*

Sed hîc magna occurrit antinomia. nam *in d. § si à furioso*, traditur, quod ei qui ignorans emit à furioso, non competat Publiciana. Contrarium apertè deciditur *in l. 7. § Marcellus. ff. de Publ. act.* dum inquit *Vlpianus*, eum qui ignorans emit à furioso, posse vsucapere & proinde ei Publiciana actio competat. Resp. Stricto & summo iure nec Publiciana nec vsucapio competit ei, qui emit ignorans à furioso: quia cùm nulla sit emtio, si merum ius spectemus, quæ contrahitur cum furioso, nec competit Publiciana, nec vsucapio procedit. Sed tamen vtilitatis causa, id est, ex æquitate contra ius strictum hoc receptum est, vt sit locus vsucapioni, & competat Publiciana: nam emtio quæ mero iure non valet, æquitatis causa consistere intelligitur. *Duare. ad tit. de vsucap. c. 2. Faber lib. 1. coniect. c. 18. Aliter Cuiat. ad d. l. 2. § si à furioso. & lib. 16. Obser. c. 29.* vbi notat hæc verba, posita *in d. § si à furioso*, Nec Publiciana competit, nec accessio possessionis, esse spuria, & supposititia, *propter d. l. 7. § Marcellus. ff. de publ. in rem act.* Idque ex Græco interprete *Constantino Harmenopulo* confirmat, qui ea verba, Nec Publiciana competit, tanquam superflua reijcit, & non agnoscit, tanquam à iure ciuili abhorrentia. Nam si hoc casu, cum quis à furioso bona fide rem emit, procedit vsucapio, etiam Publiciana actio locum habet, cum hæc necessariò inter se sint consequentia, vt si vsucapio procedat, etiam Publiciana actio competat. *arg. l. 1. ff. de publ. in rem act.* Vide aliter has Leges conciliantem *Ioan. Robert. libro 2. recept. sentent. c. 10.* cui tamen respondet *Anto. Mercator lib. 2. Notar. c. 27.*

ASSERTIO XI.

Vsucapione pignus non extinguitur.

QVOD vsucapione non extinguatur ius pignoris, disertè affirmatur *in l.7.C.de pigno.* vbi *Imp. Gordianus* rescribit, quod vsucapio conuentionem pignoris non extinguit. *& in l.iusto* 44. §. *non mutat.ff.de vsucap.* Exempli gratia. Fundus quidam à debitore pignori obligatus erat: alius quidam extraneus eum à non domino bona fide emit, eumque decem annis possedit & vsucepit. Quæritur an ius pignoris vsucaptum sit? Et deciditur, quod ius pignoris vsucapione non extinguatur. Licet enim possessor contra dominum & debitorem acquisiuit dominium vsucapione; tamen nihilominus creditori salua manet persecutio pignoris aduersus hunc, qui vsucepit dominium pignoris. Ratio decidendi redditur *in d. §. non mutat.* quia pignoris persecutio nulla societate cum dominio iungitur; id est, non sic pignus iungitur dominio, vt necesse sit eum qui dominus sit, jus pignoris in eadem re habere. Imo horum contraria inter se est natura. Qui enim dominus est, jus pignoris in eadem re habere non potest, cùm pignus rei suæ non consistat. *l. neque pignus* 45. *ff. de R.I.* Ideoque qua ratione fit, vt debitor amiserit dominium vsucapione, eâdem fit in contrarium, ne creditor eiusdem rei pignus amittat.

Obiicitur *l. 1. & 2. C. Si aduer.cred.præscrip.oppo.* vbi dicitur, creditori pignus suum persequenti obstare præscriptionem longi temporis. Resp. Quod dicitur vsucapione pignus non extingui, hoc ita intelligendum est, quod solius debitoris silentium, quo ipse passus est rem suam vsucapi, creditori non noceat ad pignus extinguendum. Licet enim debitor, qui siluit longo tempore, cùm res sua vsucaperetur, amittat rei suæ dominium, tamen hoc factum non nocet creditori, dummodo creditor non cessauit longo tempore pignus persequi. Cæterùm si creditor etiam per decem vel viginti annos cessauit in persecutione pignoris, præscriptio longi temporis pignus ei postea persequenti obstabit. Quod ergo dicitur *in d.l.1. & 2.* creditori obstare præscriptionem longi temporis in persecutione pignoris, hoc intelligendum est non de longo silentio debitoris, sed creditoris, quòd scilicet præscriptione longi temporis actio hypothecaria extinguatur, si creditor x. vel x x. annis, ex quo res sibi pignori obligata est, cessauit ius suum persequi. *Donel.lib.5.com.c.29.& ad d.l.7. C.de pigno.* Aliam solutionem vide *in operibus postumis apud Cuiatium, in comment. ad librum 4.Cod. ad tit.de oblig. & act.ad l.6.& 7.* qui tradit, *l.7.dum dicit*, vsucapione pignus non

non extingui, accipiendam esse secundum ius vetus, quo anno, vel biennio res usucapiebantur. At cum hodie ex constitutione Justiniani rerum immobilium dominium longo tempore per usucapionem acquiratur, *l.vnic. C.de vsucap. transfor.* constitutum etiam est, vt hypotheca eodem modo etiam præscriptione x. vel xx. annorum finiatur.

ASSERTIO XII.

Sine poßeßione, eaque continua, non procedit vsucapio.

COMPROBATVR hæc assertio apertè *in l.fine 25.ff.de vsucap.* Cui concordat *c.fine.de R.I.in.6.* Ratio assertionis est, quia causa vsucapionis est possessio, cùm vsucapio nihil aliud sit quàm capio, id est, acquisitio per vsum, id est, possessionem. *l.quæstio 115.ff.de V.S.l.3.ff.de vsucap.* Vnde nisi integra & continua sit causa, effectus perfici non potest.

Obiicitur primò, quòd hereditas iacens, hoc est, quæ nondum est adita, non possidet, quia non habet animum, per quem ciuiliter possidetur, & factorum est incapax. *l.1.§.Scæuola. ff. Si quis test.lib.esse ius.* & tamen cœptam à defuncto vsucapionem complet: *l.cœptam.40.l.iusto 44.§.nondum. ff.de vsucap.* Resp. Hoc singulari iure & vtilitatis causa receptum est, quòd scilicet hereditas iacens tantisper dufuncti personam sustinet, *l. hereditas 34.ff.de acq.re.do.* fingiturque hereditas eo respectu qualem qualem possessionem non verè, sed iuris intetpretatione, & fictione habere, ac proinde inchoata à defuncto vsucapio poterit iacente hereditate compleri, modò non fuerit possessio medio tempore ab alio occupata. *l.possessio. 20.ff. de vsucap.*

Secundò aduersatur quod Labeo respondit *in l.rerum 30. §.Labeo. ff. de vsucap.* si is cui ad vsucapionem columnarum vel regularum x. dies superessent, eas in ædificium contulit, eum nihilominus vsucapturum, licèt paucissimis istis diebus ceciderit possessor à possessione. Resp. Non omnino fuit ibi amissa possessio: nam qui tignum ædibus suis iungit, quodammodo possidet, non quidem distinctè & seorsim, sed confusè & vniuersaliter ratione totius, quod vtique possidetur.

ASSERTIO XIII.

Minimè probandum est quod Innocent. III. Pont. rescripsit, Ordinarium debere iudicis delegati sententiam exequi, etiamsi sciat illam esse iniustam.

EXTAT hoc rescriptum *in c.pastoralis.§.quia verò.de off.de leg.* Vbi Pont. Innocentius III. episcopo Heliensi in hæc verba rescribit. Attendentes itaque, quod non cognitio, sed executio demandatur iudici Ordinario, respondemus, quod cum ordinarius teneatur obsequi delegato, etiamsi sciat sententiam illam iniustam, exequi nihilominus tenetur eandem, nisi apud eum efficere possit, vt ab hoc onere ipsum absolvat. Idem probatur *in c.significasti. de off. de leg.* Nos solidis rationibus & argumentis defendemus, Ordinarium non teneri exequi sententiam iniquam iudicis delegati, sed potiùs ei resistere posse. Primò iudex est DEI minister in terris, & eius iudicium censetur prodire de vultu DEI. *c. vt nostrum. de appel.* Ergo tamdiu delegatus est minister DEI, quàm diu iustitiam exercet, defendit, & tuetur. Hinc præcipitur iudici, vt iustitiam & iudicium faciat, & liberet vi oppressum de manu calumniantis. *Ierem.22. vers.3.* Quando ergo iudex iniustè agit, facit vt priuatus, & potest ei resisti, sicut cuilibet priuato violenter iniuriam inferenti. *per rotundum tex. in l. devotum C. de metat. & epidemet. lib.12. Maran. disp.1. num.17.*

Secundò pro hac sententia facit *§.deinde. No.de manda.princ.* vbi mandat *Imp.Iustinia* iudicibus, ne permittant Principis officiales ex aula venientes subditos lædere, vel aliquid iniustè exequi, sed eos puniant, si quid tale fecerint.

Tertiò quando magistratus aliquid exequitur contra ius, potest ei violenter resisti etiam à priuato. *l.prohibitum 5. l.defensionis 7. C.de iu. fis. lib.10. l. omnes. C.de decu. lib.10. l.his quidem. C. Qui milit.pos.lib.12. l.deuotum. C.de metat. lib.12. l.quoniam 21. de appel.* in quibus legibus vnanimiter statuitur, quod quando iudex procedit de facto extraiudicialiter contra ius, tunc cuilibet etiam privato licet ei resistere.

Quartò & vltimò quando magistratus facit aliquam executionem iniustam & à iure prohibitam, dicitur violentiam inferre, *l.plerique.18.ff.de in ius voc.* Vnde eodem modo dicendum est in casu proposito, quòd iudex iniustè exequens vim inferat, & meritò sibi possit violenter resisti. Confirmatur etiam hæc sententia *per c.conquerente.ex. de rest. spol.* vbi dicitur, si iudex

iudex privet aliquem sua possessione iniustè, dicitur committere spolium, sicut privatus, & ita tenetur. Ad quod facit *tex. in l. vlt. C. Si per vim vel al. modo.* vbi dicitur, quod ne quidem auctoritate rescripti Principis debet quis possessione sua sine causæ cognitione privari.

Non obstat, quòd delegatus Principis in causa sibi commissa dicatur maior quocunque ordinario iudice, *c. sanè quia. de off. deleg.* Inferior autem iudex non potest cognoscere de viribus sententiæ superioris, quia intelligitur maior solùm respectu negotij sibi commissi: sed per Principem censetur commissum, vt iustitiam faciat. *c. cùm æterni. de re. iud. in 6.* Vnde quoties contra leges iudicat, toties licitè ei potest resisti, quia facit & procedit extra commissionem suam, & censetur vt quilibet privatus.

Secundò non obstat *l. aduersus. C. Si adu. rem iud.* quæ soli Principi defert potestatem sententias sui delegati infringendi: quia ibi loquitur Imp. de restitutione in integrum, quæ indicat sententiam valere: nam si esset sententia ipso iure nulla, non opus esset restitutionem in integrum petere. *toto tit. C. In qu. cau. in integ. rest. non est neces.* Vnde iudex ordinarius non potest rescindere sententiam delegati à Principe, quæ valet summo iure, sed solus Princeps audiendus est, nisi contineret manifestam iniquitatem: vel vult exequi in casu sibi non commisso, quibus casibus posset etiam resisti delegato Principis per iudicem ordinarium. *Maran. d. disput. 1. num. 41.*

Vltimò non obstat, quod dicitur *in l. 1. §. idem Pomponius ff. Quod fal. tut. auct.* quòd auctoritas prætoris, seu iudicis faciat licitum, quod aliàs erat illicitum. Quia hoc verum est, quando interponitur iudicis auctoritas secundum ius, & iuris ordine seruato: aliàs nihil operatur factum iudicis. *Maran. d. loco, num. vlt.*

ASSERTIO XIV.

Sententia ex falsis instrumentis vel testibus lata, non est ipso iure nulla; sed ope restitutionis in integrum rescinditur.

CVM sententia ex falsis instrumentis vel testibus est pronuntiata, illud refert, vtrum contra absentem, an contra præsentem sit prolata. Priore enim casu sententia ipso iure nulla est, *l. si prætor. vers. Marcellus, ff. de iudic. l. si quis. 29. ff. ad l. Corn. de fals.* Si quis (ait) obrepserit Præsidi

Præsidi prouinciæ, tam per acta, quàm libelli interpellationem, nihil agit. Quibus verbis significatur, sententiam ipso iure nullam esse. Posteriore verò casu sententia ex falsa suggestione vel falsis probationibus contra præsentem lata, remedio restitutionis in integrum rescinditur. *l. Diuus. 33. ff. de re iud. fac. huc l. 1. & 3. C. Si ex fals. instr. iud. sit.*

Obijcitur *l. qui agnitis. 11. ff. de excep.* vbi deciditur ex sententia, lata ex falsis instrumentis, non competere rei iudicatæ exceptionem. Vnde colligitur, talem sententiam ipso iure nullam & inualidam esse. Resp. Hoc tum demum verum est, si detecta priùs falsitate per restitutionem in integrum, sententia ex falsis probationibus lata fuerit rescissa. Quæ responsio probatur *ex d. l. qui agnitis.* vbi cùm *Modestinus* scribit nullam competere exceptionem rei iudicatæ ex sententia lata ex falsis instrumentis, subiungit rationem, quia principalibus constitutionibus definitum est, sententiam ex falsis instrumentis latam retractari. Itaque dum refert se I C. ad principalem constitutionem, quæ extat *in d. l. Diuus,* eaque restitutionem in integrum requirit, vt sententia ex falsis probationibus lata rescindatur, debet quoque *d. l. qui agnitis, ex d. l. Diuus,* declarari, cùm eius constitutio *à Modestino in d. l. qui agnitis,* referatur. Hanc solutionem probat & tuetur *Menoc. in arbitr. iud. lib. 2. cent. 1. casu 15.* Porrò hæc doctrina limitatur in sententia lata contra minorem 25. annis ex falsis allegationibus, hic enim ipso iure absque restitutione in integrum, sola falsitate detecta, sententiam nullam dicere potest, propter fauorem ætatis: *l. 1. C. Si tut. vel cura. ex fals. alleg.* Ita communiter tradunt *DD. in d. l. Diuus.* Dissentit *Zazius l. 1. sing. intellect. c. 13.* qui tradit sententiam ex falsis instrumentis latam ipso iure, sine restitutione in integrum retractari. Quem sequitur & approbat *Petrus Grangianus in paradoxis Iuris ciuilis c. 27.* Postremò notandum, quod etiam illud singulare est, quod sententia lata contra fiscum ex falsis instrumentis, ipso iure nulla est, *per l. vnic. C. de sent. adver. fisc. lat. lib. 10.* Idem confirmat *Socin. in fallent. reg. 450.*

ASSERTIO XV.

Sententia nec pro furioso, nec contra furiosum dicta valet.

QVÆRITVR, an valeat sententia pro furioso dicta. Et quidem certum est, sententiam contra furiosum latam non valere, quia sententia contra absentem dicta non valet. *l. de vnoquoque 47. ff. de re iud. l. 4.*

C. Quom. & quan. iud. Atqui furiosi pro absentibus habentur, quia etsi corpore sint præsentes, animo tamen absunt. *l.2. §. penul.ff.de iur. codicil.l. vbi non voce 124. ff. de R.I.*

Sed dubitatur, an sententia pro furioso dicta valeat? Et ait *Iulianus in l.9.ff. de re iud.* ne quidem furioso dictam sententiam valere. Ratio decidendi est, quòd solennis ordo iudiciorum, qui dictat, vt coram ambobus litigatoribus sententia feratur, seruandus est. *l.prolatam. C. de senten.* Accedit & hæc ratio, quod furiosus contrahere non potest, nec ex consensu obligari, ergo nec quasi contrahere. *l. in negotijs 5. de R.I. l.qui ad certum 14. ff. loca.* Atqui per sententiam quasi contrahitur. *l.3. §. idem scribit, ff. de pecul.* Quando enim partes acquiescunt sententiæ, tunc perinde est, ac si ita contraxissent. Præsente tamen curatore rectè pro furioso contrahitur sententia. *l. sed & interpellatur 49. ff. de rec. arb.*

Duo opponuntur huic decisioni. Primum est, quòd sententia pro minore XXV. annis absente & indefenso lata valet. *l.non eo minus 14.C.de procur.* Ergo idem in furioso dicendum videtur, quia furiosus comparatur minori, *l.Fulcinus. §.planè. ff. Ex qu.cau.in poss.* Resp. Ideò valet pro minore lata sententia, quia habet intellectum, & sic est capax huius quasi contractus: quod in furioso dici non potest, qui omni caret intellectu. *Bart. in d.l. furioso.*

Secundò opponitur *l.si à furioso 23. de obl. & act. & l. si à furioso 23. de reb. cred.* vbi furioso actio mutui acquiritur, si alius eius nomine mutuam pecuniam dederit. Vnde idem dicendum videtur in sententia, quia iudicio quasi contrahitur. Resp. Hoc singulare est in mutuo, vt furioso acquiratur obligatio mutui, sicut ex eadem causa absenti quoque & ignoranti acquiritur, quia magis ex interuentu rei seu numeratione pecuniæ, quàm ex consensu hæc nascitur obligatio. *Zazius ad d.l.9.*

ASSERTIO XVI.

Iudex iuxta litigatorum conuentionem sententiam ferre debet.

TRADITVR hæc assertio *in l. si conuenerit 26. ff. de re iud.* vbi Vlpianus scribit, si conuenerit inter litigatores quid pronuntietur, non abs re erit iudicem huiusmodi sententiam proferre. Cùm enim pertineat ad iudicis officium, lites diminuere, & finem illis quàm celerrimè imponere, *l.quidam.ff. Si cer.pet.* æquissimum est iudicem voluntatem litigatorum

gatorum ſequi in ferenda ſententia. Exemplum peti poteſt *ex l.iudicem.22. ff. Com.diuid.* vbi dicitur, iudicem in prædijs diuidundis, quod omnibus vtiliſſimum eſt, vel quod malint litigantes, ſequi conuenit. Licet enim regulariter res omnes veniant in iudicium communi diuidundo, ſi tamen inter ſocios conuenit, res aliquas non diuidi, iudex eam conuentionem in ferenda ſententia ſequetur. *l.in iudicium 13.ff.eo.* Aliud exemplum traditur *in l.ſi quis crediderit 49.ff. de pact.* vbi dicitur, ſi debitor conuenit cum creditore, vt non in ſolidum conueniatur, ſed tantùm in id quod facere poteſt, iudicem hanc conuentionem in pronuntiando exequi debere.

Sed cum *d.l.ſi conuenerit, acriter pugnat l.qualem 19.ff.de recep.arb.* vbi dicitur, non valere conuentionem litigatorum, vt arbiter certam, & à litigantibus præſcriptam dicat ſententiam. Reſp. Aliud eſt in arbitro compromiſſario ſeruandum, aliud verò in iudice. Arbiter non tenetur dicere ſententiam, quæ illi à partibus præſcripta eſt. Ratio eſt, quia arbiter debet habere liberam facultatem pronuntiandi quod ſibi videtur. Quod patet ex etymo vocabuli. Arbiter enim ille dicitur, qui ex arbitrio ſuo, hoc eſt, libera voluntate pronuntiat. *Seneca lib.v. de benefic.* Arbitri libera nulliſque adſtricta vinculis eſt religio: non prout lex, ſed prout humanitas impulit, iudicat. Vnde dicitur *in d. l.19.* quòd arbiter debet ferre ſententiam quæ ſibi videtur. Vnde & ſtari debet ſententiæ arbitri, ſiue iuſtè ſiue iniuſtè pronuntiauit. *l. diem. §.ſtari.ff.de arbit.* Iudex verò tam liberam & amplam non habet in iudicando poteſtatem: vnde valet conuentio partium, vt iudex certam ferat ſententiam. Adde quòd iſta ſententia arbitri, qua ſecundum conuentionem litigatorum pronuntiat, nullam adfert vtilitatem: quia ex ſententia arbitri nulla datur actio iudicati, ſed metu pœnæ tantùm ei paretur. *l. 1. C.de rec. arb.* Ita tradunt *Bart. Caſtr. Zaz. & Duare. ad d.l.26.* Latius eandem ſententiam defendit *Zazius doctiſſimus & acutiſſimus I C. lib.2. antinom.Iur. civ. nu.5.* quem ſecutus eſt *Theodorus Straitmannus in antinomijs ſuis iuris civil.antinom.37.* & noviſſimè *Nicolaus Genoa in conciliationibus legum pugnantium, conciliat.17.*

ASSERTIO XVII.

Sententia ita prolata, Condemno Titium in petitis; si probatum est eum debere, inualida est.

QVOD ſententia hæc, Condemno Titium in decem, ſi probatum eſt eum debere, inualida ſit, firmis rationibus & argumentis probatur. Primum ex eo, quòd ſententia definitiua dici non poteſt, quæ nullum finem imponit controuerſiæ. *l.1. ff. de re iud.* Talis autem eſt hæc ſententia, quia rem indeciſam relinquit, perinde ac ſi lata non eſſet.

Secundò confirmatur hac ratione, quòd ad iudicis officium pertinet, vt certam ſententiam proferat, licet de incerta quantitate actum ſit. *§. curare. Inſt. de act.* Vnde non valet ſententia, qua iudex pronuntiat, vt Reus quæ bona fide accepit, ſoluat; ſed certam quantitatem in ſententia exprimere cogitur, in quam Reum condemnet, *l.vlt. C. de ſent. quæ ſine cer. quant.* Tertiò huc pertinet *l.qualem 19. §. 1. ff. de arbit.* vbi dicitur, iudicem ita pronuntiare debere, vt ſecundum id litigantes à tota controuerſia diſcedere velit. Denique hæc ſententia alijs duobus textib. comprobatur: ſcilicet *per l.quid tamen §. Pomponius ff. de arbit.* vbi dicitur, inutiliter arbitrum incertam ſententiam dicere, vtputa, Quantum ei debes, redde. Atqui non certior eſt ſententia, ſi iudex dicat, Si probatum eſt te decem debere, ſolue: vtraque enim ſententia aliam expectat. Similiter *in l.in ſententijs 59. §. qui ſortis. ff. de re iud.* tradit *Vlpia.* non valere hanc ſententiam, Condemno te in vſuras, ſi competunt vel debentur; quia non videtur de vſuris iudex cognouiſſe.

Bartolus tamen contrariam ſententiam tenet *in l.ait Prætor. §. 1. ff. de re iud.* & defendit hanc ſententiam valere, Condemno te, ſi eſt probatum.

Contra hanc aſſertionem Bartolus pro ſua ſententia adfert *d.l. ait Prætor. §. 1.* vbi dicitur, valere hanc ſententiam, Condemno Reum, vt quod accepit ex teſtamento Mæuij, reſtituat, quod perinde eſt, ac ſi diceret, Condemno eum in id, quod eſt vel erit probatum eum habuiſſe ex teſtamento Mæuij. Reſp. Ideò iudex ibi ita rectè pronuntiauit, quia certam quantitatem nominaſſe cenſetur, quæ teſtamento vel codicillis expreſſa erat. Per relationem enim ad teſtamentum vel codicillos, ſententia fit certa.

Secundò aduerſatur *d.l.in ſententijs. 59. in princ.* vbi dicitur, valere ſententiam ita latam, ſolue quod petitum eſt. Reſp. Ea ſententia valet, quia ex formula

formula libelli & petitionis cognosci potest & certificari hæc incertitudo. Maior autem est incertitudo probationum, quàm petitionis libello comprehensæ, quia an aliquid probatum sit, vel non, incertum est: pendet enim ex arbitrio iudicis, quanta fides sit adhibenda testibus. *l.3. vers. tu magis. ff. de testib.* Sed petitionis certa & liquida definitio facilè ex formula libelli demonstrari potest. Falsa est ergo opinio Bartoli, existimantis valere hanc sententiam. Condemno te, in decem, si probatum est, te debere. Ita tradunt *Duare. ad d. l. ait Prætor, §.1. Sarmientus lib.1. select. interpretat. c.* 13.

ASSERTIO XVIII.

Sententia non retractatur propter instrumenta de nouo reperta.

QVOD propter nouiter reperta instrumenta tam sententiæ, quàm transactiones retractari non possint, decisum est *in l. sub prætextu* 19. *C. de transf. l. sub specie 4. C. de re iud.* Ratio est, quia res iudicata habetur pro veritate, propter publicam iudiciorum auctoritatem; & sententiarum à iudice latarum hic est effectus, vt per eas finis imponatur controuersiæ. *l. res iudicata 207. de R.I. l.1. ff. de re iud.* Vnde non debent res semel iudicatæ propter probationes de nouo repertas retractari; vt sit aliquis litium finis.

Obijcitur *l. admonendi 31. ff. de iureiur.* vbi sententia lata ex iureiurando suppletorio, præstito propter defectum probationis à litigantibus, retractatur, si aduersarius noua instrumenta se inuenisse dicat, ex quibus apparere possit veritas. Resp. Ideò sententia lata ex hoc iureiurando retractatur prætextu nouorum instrumentorum, quia in causa dubia seu ob defectum probationis lata est. Ergo cùm appareat postea per instrumenta de nouo reperta veritas, meritò ea admittetur. Accedit & altera ratio, quòd iuramentum est priuilegiata & imperfecta probatio, quia hoc iuramentum facit partem iudicem & testem in propria causa. *l. vlt. C. de fideicom.* Vnde non est tantæ efficaciæ sententia ex iureiurando litigatoris prolata, vt propter instrumenta de nouo reperta non retractetur: quia facilius ea quæ sunt iuris specialis, quàm quæ sunt iuris communis, tolluntur. *l. eius militis. §. vlt. ff. de mil test.* Et facilius retractatur ea sententia quæ lata est ex imperfectis & semiplenis probationibus, quam quæ ex plenis & legitimis

probationibus est pronuntiata. Approbat & sequitur hanc sententiam *Cuiatius libro Observ.18. cap.35.*

Secundò obijcitur, quòd in negocio publico permittitur ex integro de causa agi aduersus rem iudicatam, ex instrumentis postea repertis. *l. Imperatores 35 ff.de re iud.* Resp. Hoc specialiter fauore fisci vel Reipub. est introductum, vt fiscus propter instrumenta de nouo reperta, possit retractare sententiam, qua reus fuit absolutus, vsque ad triennium; & si interuenit fraus vel præuaricatio aduersarij, etiam post triennium. *l. vnic. C. de sent.con.fisc.lat.lib.x.* Est ergo Respublica in hoc priuilegiata, quòd sententia contra illam lata propter instrumenta de nouo reperta retractetur. In priuatis verò personis hoc iure non vtimur. Hoc autem priuilegium quod competit Reipub. etiam Ecclesiæ & pupillo tribuitur. Respublica enim seu fiscus, pupillus & Ecclesia pari passu ambulant, ijsdem fauoribus & priuilegijs gaudent. *l. Rempublicam. C.de iu. Reipub.lib.11. §.finimus. No. de non alienan.aut perm.reb. Eccl.c.1.ex.de rest.in int.Gl.in d.l.sub specie.*

Tertiò obstat, quòd in criminalibus causis sententia retractatur, si de innocentia damnati ad mortem ex probationibus postea repertis appareat. *l.Diui 27.ff.de pœn.* Resp. Eo in casu non nisi per restitutionem in integrum succurritur damnato, quam solus Princeps potest indulgere; non verò iudex qui sententiam tulit, contra rem iudicatam in causa criminali litigantem restituere potest. *d.l.Diui.l.1.vlt.ff. de quæst.* quia iudex sententia semel lata desinit esse iudex, & omnem iudicandi potestatem deponit. *l.iudex 55.ff.de re iud.* Alias exceptiones huius regulæ, quod prætextu nouorum instrumentorum non rescindatur sententia, vide *apud Anton.Peregrin. in tract. de iure fisci. lib.7.tit. vlt. nu.3.*

ASSERTIO XIX.

Iudex potest interlocutoriam sententiam mutare & rescindere, non verò definitiuam.

TRADITVR hæc assertio expressè *in l. quod iußit 14.l.Paulus 42.l.acta 45. l.cùm quærebatur 62.ff.de re iud. l.1.C. Quan. prouo. non est necess.l. Diui.27.ff.de pœn. l. post sententiam. C.de sent. & interlo.om.iud.* Ratio diuersitatis est, quia iudex post latam sententiam definitiuam amplius iudex non est, & suo officio est defunctus & sic sententiam suam corrigere non potest. *l.iudex 55.ff. de re iud.* Interlocutoria verò sententia reuocari potest ab eo qui eam tulit, quia iudex qui interlocutus est, adhuc iudex manet vsque ad sententiam definitiuam. *d.l. quod iußit.*

Obijcitur

Obijcitur *l.ſiue pars.C.de dilat.* vbi dicitur, quòd dilatione data à iudice, eius officium quieſcit. Igitur non poteſt dilatione pendente vel finita, quam dedit per interlocutoriam ſententiam, aliam concedere. Reſp. Poteſt iudex ex iuſta & legitima cauſa dilationes datas prorogare & ampliare, quoties ſcilicet iuſta cauſa aliqua hoc ſuadet. *l.qualem 19. in fi.ff. de rec. arb.* Sed ſine iuſta cauſa dilationes ſemel datas iudex ampliare non poteſt. *l.1.C.de dila l.2.ff. de re iud.*

Secundò aduerſatur *l.quod ſemel.5.ff.de decre. ab ord.fa.* vbi dicitur, quod ſemel ordo decreuit, id mutare non poteſt. Reſp. In eadem lege ſubiungitur, poſſe ex iuſta cauſa decretum ſemel latum etiam à iudice reuocari & mutari.

Contra poſteriorem partem aſſertionis pugnat *l.ſi præſes.& l.ſi vt proponis. C.Quom.& quan. iud.* vbi iudex ſententiam ſemel à ſe latam ſine appellatione reſcindit. Reſp. Illæ leges accipiendæ ſunt, quando ſententiæ ſunt ipſo iure nullæ, vtpote quæ latæ ſunt diebus feriatis, vel contra minores 25. annis indefenſos: *l.acta 45. §.vlt.ff. de re iud.* hæ ab ipſo iudice, qui eas protulit, emendari & mutari poſſunt. Aliud dicendum eſt, ſi ſententiæ ſint validæ & perfectæ, ſed latæ contra ius litigatoris, vel partis, non contra conſtitutiones, vel leges: hæ enim à iudice eodem mutari & reſcindi non poſſunt. *Bart. & Caſtren. in d.l. quod iuſſit.* Poſtremò notandum quod iudex poſt latam ſententiam ſupplere aliquid poteſt in ſententia, puta circa taxationes expenſarum litis. *l.3. C. de fruct.& lit. expen.* dummodò id faciat eodem die, ſitque iudex ordinarius, *l.Paulus reſpondit 42.ff. de re.iud.* Nam datus ſeu delegatus iudex, quia ſtatim atque ſententiam dixit, iudex eſſe deſinit, in ſententia lata poſtea aliquid addere aut ſupplere non poteſt. *d.l.iudex 55.ff. de re.iud.*

ASSERTIO XX.

Pacto beneficio ceſſionis bonorum renuntiari non poteſt.

QVOD per pactum renuntiari non poſſit beneficio ceſſionis, crebrior eſt DD. ſententia, quam ſequitur *Bart. in l.alia.§.eleganter.ff. Solu.matr. arg. illius §.* vbi traditur, quòd maritus renunciare non poſſit priuilegio, quod habet, ne teneatur vltra id quod facere poteſt; quia id pactum eſt contra bonos mores. Similiter quoque hoc pactum quo quis renuntiat ceſſioni bonorum, eſt contra bonos mores, quia per id

pactum obligat quis se ad carceres: carcer autem est species seruitutis, & mala mansio. *l.2.ff. de lib. ho. exhib.* At homo liber se ad seruitutem obligare nequit, quia seruitus morti comparatur. Hanc opinionem defendunt. *Accur. in Auth. Imò C. de obl. & act. Bald. in §. vlt. Inst. de actio. Salicet. in l. 1. C. Qui bo. ced pos.*

Obijcitur primò, quòd quilibet potest beneficio & fauori pro se introducto renunciare. *l. pen. C. de pact. l. pactum 46. ff. de pact.* Resp. Ideò huic beneficio non licet renunciare, quia pactum hoc est contra bonos mores, quo quis se ad seruitutem vel carceres pro debito ciuili obligat. *arg. l. ob æs. C. de obl. & act.* pacta verò quæ contra bonos mores sunt nullius sunt momenti. *l. pacta 6. C. de pact.*

Secundò obijcitur *l. sacrilegi 9. §. vlt. ff. Ad L. Iul. pecul.* vbi debitoris Reipublicæ corpus detineri potest in carcere, donec satisfaciat. Item obstat *l. 2. C. de exact. tribu. lib.* 10. vbi dicitur, quòd pro debito Reipublicæ potest quis detineri in libera & militari custodia. Resp. Id specialiter concessum est in debitoribus Reipub. vt propter debita publica in custodia detineantur, quia interest Reipub. vt promptè & celeriter debita & tributa ciuitati seu fisco soluantur, quibus opus habet ad onera Reipub. sustinenda. Sunt enim tributa nervi & munimenta Reipub. sine quibus Reipub. administratio diu non potest consistere.

Tertiò obstat *l. vlt. §. vlt. ff. Quæ in frau. cred.* vbi qui bonis exutus est, vel bona sua ita alienauit & disperdidit in fraudem creditorum, vt nulla ratione recuperari possint, tenetur ad pœnam, scilicet carceris. Resp. limitatur prædicta assertio in eo, qui dissipauit omnia bona sua in fraudem creditorum, vel spe cessionis bonorum: hic enim non gaudet beneficio cessionis. *l. si quis dolo 51. in princ. ff. de re iud. Cuiac. lib. Obs. 12. c. 5.* Quando itaque quis dolo fecit, vt esset non soluendo, potest detrudi in carcerem, & extra ordinem puniri. *l. ob fœnus 49. ff. de admi. tuto l. quòd si minor 24. §. si quis seruus. ff. de mino.*

Quartò opponitur *l. pen. ff. de iu. dot.* vbi debitor qui tempore contractus sciebat se esse non soluendo, in solidum tenetur, nec gaudet beneficio in quantum facere potest. Ergo nec cedere bonis potest; sed incarcerandus est, donec solidum debitum soluat. Resp. In eo casu quoque assertio limitatur, quia debitori qui tempore contractus sciebat se non esse soluendo, non competit beneficium cessionis, eò quod animo & intentione fraudandi creditores suos contraxit; ac proinde hoc casu valet pactum, quo renuntiatur beneficio cessionis, ad præcavendas fraudes & insidiosas machinationes debitoris.

Quintò obstat *l. obsides. ff. Qui test. fa. pos. & l. Diuus ff. de iu. fis.* vbi obsides

bsides possunt se dare ad custodiam vel carcerem, donec captiuus pro uo obstringuntur obsides, se redimat, & lytron promissum exoluat. imiliter *in c. ex rescripto 9. ex de iureiu.* traditur, quod pactiones valeant, t tamdiu quis pro alieno debito in carcere detineatur, donec pretium oluatur. Quæ conuentiones dicuntur *obstagia*, *vulgò Leistungen*, *& consuetune Germaniæ* vsu sunt recepta & approbata, vt notant *Sichard. ad l. ob æs. nu.* *& 5. C. de obl. & act. Andr. Gail. adsessor doctissimus Cameræ imperialis. lib. 2. pract. obs.* *p. 45.* Resp. Hoc fieri jure belli & captiuitatis, vt commercia & contratus inter hostes, quibus etiam fides data seruanda est, tutiùs expediri & elebrari possint: sed extra eum casum, nemo potest se pro debito ciuili bligare ad carceres. *d. l. ob æs. & Auth. seq. C. de obl. & act.* Atque hæc est communis DD. sententia, pacto non posse renunciari beneficio cessionis bo-orum, quia contra id quod lex vetat, pacisci nullo modo licet: leges au-em prohibent aliquem ob debita seruire creditori: ergo & incarcerari etant, quia carcer est species seruitutis, *l. 2. d. ff. de lib. ho. exhib.* Idque etiam onfirmatur *arg. No. 134. cap. 9.* vbi Justinianus prohibet liberos debitorum el ipsos debitores seruire creditoribus pro debito. *d. l. ob æs. C. de obl. & act.* bi generaliter prohibetur, ne liberi homines ob æs alienum creditoribus eruire compellantur: additurque pœna *in d. No. 34. c. 9.* quod si quis liberos lebitorum detineat vel seruire compellat pro debitore, quod non solum lebito cadat, sed & in alterum tantum condemnetur, & præterea corpo-alibus pœnis subdatur, qui liberam personam detinet, vel pignori capere ræsumit. Ideoque à communi & recepta Doctorum sententia non est re-edendum. *Pacius ad l. ob æs. 12. C. de obl. & act.* Vide plenius de hac quæstione leganter dissetentem, An videlicet valeat renuntiatio beneficij cessionis onorum, *Didacum Couarru. celeberrimum practicum libro 2. Variar. resolut. c. 1.* *um. 7. & Eduardum Calderam de error. pragmat. lib. 1. c. 3. & lib. 3. c. 7.* vbi eruditè c eleganter tradit pactum non valere, quo renuntiatur beneficio cessio-ıis bonorum, & affirmat ne quidem consuetudine introduci posse, vt qui onis cessit, carcere detineatur: idque ex ea ratione, quod ea pactio seu onsuetudo obstet communi libertati, quæ iure publico est introducta, arcer autem sit species seruitutis. *d. l. 2. ff. de lib. hom. exh. l. Titio centum. 71. §. Ti-io centum. ff. de cond. & dem.* vbi dicitur pactione non posse infringi jus liber-atis. Jam autem certum est, quod jura publica nullo jure ciuili mutari ossint. *l. iura sanguinis 8. ff. de reg. iur.* & ius publicum priuatorum pactis olli non possit. *l. ius publicum 38, & l. ius agnationis 34. ff. de pact. c. si diligenti. ext.* *le foro compet.*

ASSERTIO XXI.

Si dominus fundi, armatos homines, quos ad se venientes videbat, extimuerit, atque ita profugerit, vi deiectus censetur.

HANC decisionem apertè & euidenter tradit *Iulianus in l. non solùm. 33. §. si dominus. ff. de vsucap.*

Cum qua pugnat grauiter *l. 3. §. si quis autem. ff. de vi & vi arm. & l. metum 9. §. 1. Quod met. cau.* vbi dicitur, non censeri vi deiectum eum, qui audito rumore, quòd homines armati ad fundum suum venirent, profugit. Ideoque nec interdictum vnde vi illi competit, sicut nec actio quod metus causa, quia vi deiectus non est. Si tamen fortè verum audierit, & venerint postea armati homines, & possessionem apprehenderint, tunc vi deiectus censetur, & interdicto vnde vi, sicut & actioni quod metus causa locus erit. *d. l. metum. §. 1. l. 1. §. idem Labeo. ff. de vi & vi arm.*

Resp. Distinguendum est inter eum, qui audiuit homines armatos ad fundum suum venientes, & eum qui vidit. Qui homines armatos ad fundum suum tendentes vidit, atque profugit, vi deiectus videtur, etsi illi armati milites possessionem non occuparint. *d. §. si dominus.* Qui verò audiuit solùm homines armatos venire ad vim faciendam, non aliter vi deiectus intelligitur, quàm si ipsi possessionem occupauerint, *d. l. metum 9. §. 1. d. l. 3. §. si quis autem.* Ratio diuersitatis est, quia oculi magis quàm aures nos mouent & perterre faciunt. Ita hæc eleganter conciliat *Cuiac. ad. d. §. si dominus.*

ASSERTIO XXII.

Vtile interdictum Saluianum datur creditori, contra quemlibet debitorem, qui res suas pignori obligauit.

AN cuilibet creditori contra debitorem res suas oppignorantem detur Saluianum interdictum, controuersa inter DD. est quæstio. Sed tamen verior & probabilior est sententia, quòd creditori ad adipiscendam possessionem rerum cuiuscunque debitoris pignori obligatarum,

rum, vtile Saluianum interdictum competat. Quod probat *l.1.C. de preca. & Salu. interd.* vbi dicitur, contra quemlibet debitorem, siue de rebus quorumcunque debitorum pignori obligatis, interdictum Saluianum competere. Hanc sententiam amplectitur *Bart. in d.l.1. & l.1.ff. de Salu. inetrd.* quem sequuntur *Wesem. in parat. eo tit. & Cuiac. in parat. C. eo. & ad sent. Pauli, lib.5. tit. 6.* A qua sententia dissentiunt *Donel. C. eo. tit. num.3. & Meno. remed. 3. adipis. poss. num.21.*

In contrarium facit *§. interdictum. Inst. de interd. item l.1. & 2. ff. de Salu. interd.* vbi traditur, interdictum Saluianum dari domino fundi, ad persequendam possessionem rerum coloni, quas pro mercede fundi oppignorauit. Vnde videtur tantùm hoc inrerdictum dari creditori habenti hypothecam ex causa locationis, non verò cuilibet creditori habenti hypothecam ex aliis causis.

Resp. Directum interdictum Saluianum datur tantùm locatori rustici prædij contra colonum, quia de hoc debitore interdictum nominatim loquitur. Vtile autem datur ex interpretatione, etiam locatori prædij vrbani, contra inquilinum, pro rebus inuectis & illatis tacitè pignori obligatis pro pensione domus locatæ. Imò datur quoque vtile interdictum Saluianum ex interpretatione cuilibet creditori, non tantum contra debitorem, qui ex qualibet causa res pignori obligauit, sed & contra quemlibet etiam extraneum possessorem rerum debitoris pignori obligatarum. *d. l. 1. in princ. ff. de Salu. interd. & l. 1. C. eo. Wesem. d. loco. Cuiat. lib. Obs. 4. c.24.* Approbat hanc conciliationem *Nicolaus Genoa in conciliationibus legum in iure ciuili contrariarum, in refutatione opinionum in iure ciuili leges contrarias arguentium.*

ASSERTIO XXIII.

Reus non tenetur satisdare in interdicto Vti posidetis, quòd in futurum actorem non turbabit.

TRIA in interdicto Vti possidetis ab actore petuntur. Primò vt reus desistat à turbatione præsenti. Secundò, vt in futurum non turbet. Hoc est, quod dicit *I C. in l.1. ff. Vti posid.* Quominus ita possideatis, vim fieri veto. Tertiò vt omnia bona ablata, damna illata, & fructus perceptos restituat. Adiiciunt & quartum DD. posse petere actorem in hoc interdicto, vt reus caueat, quòd in futurum eum non sit turbaturus, tenerique reum hanc satisdationem præstare. *Bart. in l.1. §. pen. ff. Vti poss. Duare. lib.1.*

lib.1.disp.c.21. Quod licet communi DD. calculo probetur, tamen legibus & iuri non est consentaneum.

Contra hanc assertionem pro communi sententia obiiciuntur primò *l.harum 7.& l.egi.12.ff. Si seru. vend.& l.pen.ff.de aqu.quo.& æst.* vbi dicitur, siue agatur pro seruitute vendicanda confessoria actione, siue interdicto aliquo, tenetur victus cauere aduersario, se non impediturum eum in posterum in vsu seruitutis. *Resp.* Illa cautio in seruitutibus exigitur à victo, non autem in controuersijs rerum corporalium seu immobilium talis cautio postulatur. Ratio diuersitatis est, quia nihil est in seruitutibus, quod victus restituat corpore; seruitutum enim nulla est possessio. *l.vlt.ff. de seruit.* Ideoque requiritur à victo cautio, quæ est pro seruitutis restitutione, sed in rebus corporalibus rei ipsius possessio restitui potest; qua restituta, frustra aliud exigitur, quod restitotionis vice fungatur.

Secundò grauiter aduersatur *l.vnic.C.Vti poss.* vbi dicitur, quòd in interdicto vti possidetis, pronuntiat iudex, ne vis fiat possidenti, ac deinde satisdationis, vel transferendæ possessionis seruata forma, de proprietate cognoscit. Quibus verbis videtur contineri, quòd victus hoc interdicto debeat satisdare aduersarto, quòd eum in posterum non turbabit in sua possessione. Sed illa interpretatio non potest sustineri. Nam *ille text.* non loquitur de satisdatione præstauda à reo victo, quasi ipse caueat aduersario victori, de eo non turbando in possessione, cùm dicat Imp. alternatiuè, eum teneri vel ad transferendam possessionem, vel ad satisdationem præstandam, cùm ad utrunque ex communi DD. sententia sit adstrictus. Itaque verior & sanior est eorum opinio, qui hanc satisdationem intelligunt, de re quæ vendicatur, conseruanda; quam victor in hoc interdicto, dum in eum translata est possessio, ab aduersario conuentus rei vendicatione, præstare tenetur; quòd scilicet rem, cuius possessio sibi adiudicata est, illæsam conseruare velit, non verò eam velit diminuere, neque fructus eius dilapidare, donec causa proprietatis cognita & terminata fuerit. Quam satisdationem si in possessorio iudicio victor declaratus, præstare recuset, transfertur possessio in petitorem satisdantem. Hanc sententiam optimè confirmat *l.5.ff. de pet.hered.l.de bonis 6.§.vlt.ff. de Carb.edi.* Eamque amplectuntur *Cuiac. lib.1.sent. Pauli tit.xi. & in parat. C.Vti poss. Wesem.in parat. de rei vend. num.6. Fachin. lib.8.contr.iur.c.14. Iohan.Robert.lib.3.sent.iur.c.21. Menoc.remed.3.retin.possess.quæst.95.Baro.lib.6.Manual.tit.17.*

ASSERTIO XXIV.

Nudo detentori non dantur interdicta Vti possidetis, vel Vnde vi.

QVOD si quis non possidet, sed detinet tantùm, ei non competit interdictum vti possidetis, vel vnde vi, vti colono, item misso in possessionem custodiæ causa. *l. si duo. §. creditores ff. Vti poss. l. 1. §. deijcitur, in verb. non tamen si colonus. ff. de vi & vi ar. Fab. ad §. retinendæ, num. 2. Inst. de interd.*

In contrarium, quòd & nudo detentori competat interdictum Vti possidetis, probatur *ex l. 1. §. quod autem ait. ff. de vi & vi ar.* vbi illi, qui res commodatas, depositas vel pignoratas habuit in fundo, ex quo deiectus est, pro illis datur interdictum vnde vi. Resp. *Iste §.* loquitur de mobilibus, quę accessoriè peruenerunt ad possessorem fundi; in quibus non refert, quomodocunque habentur, dummodò tamen res pro qua agitur principaliter, sit immobilis, & possideatur.

Secundò obiicitur hoc modo. Plus debet subueniri legitimè detinenti, quàm violento possessori. *l. Seruius. ff. Quod vi aut clam.* Sed violento possessori datur hoc interdictū, contra illos à quibus nō possidet vi. *l. 1. §. vlt. ff. Vti poss.* Ergo & detinenti. Resp. Hoc quidem videtur prima facie dicendum, sed defectus principalis materiæ videlicet possessionis repugnat, quam Prætor non potest tueri per hoc interdictum, quia non est.

Sed quæritur, quomodo succurratur talibus detentoribus turbatis in sua detentione? Resp. Quòd misso in possessionem causa custodiæ prouideatur per edictum, Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est. Vel datur ei actio iniuriarum. *l. qui pendentem. § fi. ff. de act. emp.* Vel potest implorare officium iudicis, vt in detentione sua non molestetur, vel vt in ea defendatur. *per l. Aquilius Regulus. 27. & ibi Paulis de Castr. not. ff. de dona. l. & ideò. §. vlt. ff. de cond. furt. Præs. Euer. in loco à feudo ad emphyt. nu. 51.* vbi dicit, se ita vidisse in ardua quæstione de facto obseruatum. Approbat *Io. Faber d. loco.*

ASSERTIO XXV.

Colono non competit interdictum Vnde vi.

SI colonus vi deiectus sit è fundo, non competit ei aduersus deijcientem interdictum Vnde vi, quia nullo modo possidet. *l.1. §.deijcitur.ff. de vi & vi ar.*

Sed obijcitur *l.colonus 12. & l.cùm fundum 18. ff. d. tit.* vbi dicitur, interdictum vnde vi colono competere. Resp. Tunc demum colonus intendit interdictum vnde vi, si ipse domino interuerterit possessionem, & dominum seu locatorem, vel alium à domino missum in possessionem non admiserit. Iam enim non amplius vt colonus est in fundo, sed vt violentus possessor. Ideoque ipse tenetur domino interdicto vnde vi, & ipse quoque si ab alio spolietur, habet contra eum simile interdictum.

Secundò obijcitur *l.communi 7. §. neque. ff. Com. diuid.* vbi dicitur, colonum naturaliter possidere. Ergo interdictum vnde vi ei datur, quod ei conceditur, qui vel ciuiliter vel naturaliter possidet. *d.l.1.§.deijcitur.* Resp. Ibi naturalis possessio pro nuda detentione accipitur. *l.3.in fi. & l.seq.ff. Ad exhib.* Colonus propriè naturaliter non possidet, quia non sibi, sed domino possidet. *l.1.C. Commu.de vsuca.* Possidere autem est rem tenere affectu sibi habendi. *Theo. in §. item placet. Per qu.pers.no.acq.* Per abusionem ergo & impropriè naturaliter tantùm dicitur possidere colonus, quia corporaliter tantùm detinet. Nam *in d.l.1. §. deijcitur*, apertissimè negatur, colonum naturaliter possidere.

ASSERTIO XXVI.

Actionis verbo non continetur exceptio.

HÆc assertio totidem verbis descripta extat *in l.verbum oportebit 8. §.1. ff. de V.S.* Et confirmatur hac euidenti ratione. Cùm enim actio sit ius persequendi in iudicio, quod nobis debetur, exceptio verò eius petitionis quædam sit exclusio, & contraria sit actioni. *l.2.ff. de excep.* non poterit verbo actionis contineri, non magis quàm vna persona respectu eiusdem possit esse actor & reus.

Obijcitur *l.1. ff. de excep.* vbi dicitur, Agere etiam is videtur, qui exceptione vtitur. Resp. ICtus dicit eum videri agere: At verbum videtur improprietatem denotat. *per l.naturaliter 12. ff.de acqu.poss. DD. in l.1. §.deiecisse.*

ciffe.ff. de vi & vi ar. Decius ad l.qui per succeßionem 154. *num.3. de R.I.* Non itaque agit, id est, in iudicio experitur, seu actionem mouet, ille qui excipit, sed in probationibus tantùm actoris partibus fungitur, vt quemadmodum actor suam intentionem probare tenetur, ita & reus suam exceptionem. Veluti si reus exceptione pacti conuenti vtatur, probare pactum debet. *l.in exceptionibus* 19.*ff. de proba.* Propriè itaque actionis verbo exceptio non continetur, sed tantùm quoad effectum probandi. Ex quo sequitur, sublata actione non censeri sublatam exceptionem, & propterea eum cui sacris interdictum est, exceptionem compensationis opponere posse actori, licet agere prohibeatur. *Alcia.in d.l.8.per c.cùm inter.ex.de excep.* quamuis *Bart.* existimet exceptionem compensationis propriè actionis verbo contineri, quod probare nititur *per l.amplius. in fi.ff. Rem ra.hab.* Sed in illa lege dicitur, si quis aduersus petentem compensatione vsus sit, rectè eum petijsse videri; sed verbum videtur improprietatem denotat.

ASSERTIO XXVII.

Exceptiones peremtoriæ, non ante, sed post litem contestatam opponendæ sunt; contra

DONELLVM.

HOc enunciatum apertè confirmatur & stabilitur *in l.4.& 8.C. de excep.item in l.2. C.Sent.resc.non pos.* vbi dicitur, peremtorias exceptiones omissas initio, antequam sententia feratur, opponi posse.

Sed obijcitur *l.emtor.9.C.de præsc.lon.tem.item l.præscriptionem 8.& l.siquidem 9. C. de excep.* in quibus traditur, quòd exceptiones peremtoriæ debent initio quidem litis contestari & opponi, sed probandæ sunt, postquam actor suam intentionem demonstrauit. Resp. Illa contestatio peremtoriarum exceptionum non de necessitate fieri debet, sed potius ex voluntate rei conuenti: quod indicant verba tex. *in d.l.emtor. C.de præsc.long. temp. & d.l. [p]ræscriptionem. C.de excep.* posita, videlicet quod sufficiat exceptionem per[e]mtoriam ante litem contestatam proponi, & contestari, quæ vox sufficit [e]st voluntatis, non necessitatis. Ita respondet *Accur.in l.exceptionem. C.de proba.* quem sequuntur communiter DD.

Secundò obijcitur tale argumentum. Iudex non potest pronuntiare de [e]o, quod in iudicium non est deductum. *l.vt fundus* 18.*ff. Com.divid.* Atqui [i]d tantùm deducitur in iudicium, quod litis contestatæ tempore accidit. *[l.]vnic.C.de lit.contest.* Ergo iudex cognoscere non potest de exceptionibus

post

post litem contestatam oppositis, & per consequens exceptiones peremtoriæ post litis contestationem opponi non possunt. Resp. Quod traditur, judicem non posse super eo pronuntiare, quod post litem contestatam in iudicium venit, hoc intelligendum est, si quid post litem contestatam ex parte actoris de nouo petatur: nam actor non potest actionem suam fundare super iure futuro, neque actionem suam mutare post litem contestatam. *l. non potest 23. l. non quemadmodum 35. ff. de iudic.* Atqui verò de iure quod superuenit ex parte rei etiam post litem contestatam, judex cognoscere & pronuntiare potest. *Costal. ad l. quæsitum. ff. de pecu.* Hæc est communis DD. sententia, quòd peremtoriæ exceptiones etiam post litem contestatam opponi possint; quam refutare nititur *Donel. ad l. 8. & 9. C. de except. & ad l. exceptionem 19. C. de probat.* leuibus & friuolis argumentis.

ASSERTIO XXVIII.

Peremptoriæ exceptiones non possunt post sententiam opponi.

De peremtoriis exceptionibus hæc regula in iure prodita est, quòd ante sententiam quocunque tempore opponi possint: post sententiam verò opponi non possint, nisi ab ea sit appellatum. *l. 2. C. Sent. resc. non pos. l. 4. & 8. C. de except.*

Obiicitur primò huic assertioni, quòd exceptiones SC^ti^ Velleiani & Macedoniani possint etiam post rem judicatam opponi. *l. tametsi 11. ff. ad SC. Maced.* Resp. Hoc fit ex sententia SC^ti^, neque alia huius rei certa ratio reddi potest. Vel post dici, quod in SC. Velleiano hoc sit specialiter constitutum fauore mulierum, in Macedoniano vero SC. specialiter id sit receptum in odium creditorum fœnerantium filiofam.

Secundò obijcitur *l. 1. C. de iu. & fac. ign.* vbi statuitur, milites posse exceptiones peremtorias post sententiam opponere. Resp. Hoc Imp. Antoninus speciali fauore militibus concesit, ideo quod propter nimiam eorum circa res forensis imperitiam, & armorum occupationem, ius ciuile eis ignorare sit permissum. *Inst. de mil. test. in princ.* Sic etiam specialiter fauore minorum 25. annis receptum est quod minores exceptiones vel allegationes omissas post sententiam allegare & proponere possunt *l. minor annis omissam 37. ff. de minor.*

Tertiò aduersatur, quod exceptio priuilegii, ne quis conueniatur vltrà

vltrà quàm facere possit, post condemnationem opponi potest: *l. Nesennius 41. §. vlt. ff. de re iud. l. ex diuerso 17. §. fin. ff. Sol. matr.* Resp. Ideò ista exceptio post sententiam opponi potest, quia non impugnat sententiam, sed potius pro moderanda executione sententiæ obijcitur. *Wesem. ad tit. C. de excep.*

Malè quidam huc referunt exceptionem diuisionis, ex epistola *D. Adriani*, quæ datur pluribus fideiussoribus, vt inter eos qui soluendo sunt, actio diuidatur. *l. fideiussor 10. C. de fideius.* quam volunt opponi posse post sententiam. vt notat. *Gl. in fideiusor 10. C. de fideius.* Mouentur illi *per l. fideiussores 41. §. vlt. ff. de fideius.* quæ ait vnum ex fideiussoribus fuisse condemnatum in solidum, & cum eo actum fuisse iudicati: lex ait eum fideiussorem posse desiderare, vt sibi aduersus cæteros fideiussores actio mandetur. Sed huc nihil attinet: nam lex non loquitur de beneficio diuisionis, sed cessionis. Item mouentur *l. inter eos 51. §. vlt. ff. de fideius.* vbi postquam vnus ex fideiussoribus esset damnatus, & bona eius in fiscum redacta, actio deinde inter fideiussores diuisa fuit. Dicendum, fideiussorem ibi non ex fideiussione, sed ex delicto fuisse damnatum, ita vt ex ea damnatione bona sint fisco applicata. Sensus ergo huius legis hic est. Si vnus ex fideiussoribus sit damnatus ex delicto, & bona eius publicata, potest creditor contra alios fideiussores ius suum prosequi: qui rectè petent actionem diuidi inter omnes qui soluendo sunt, inter quos etiam fiscus qui damnato fideiusori successit, computabitur. Vtputa si tres sint priuati fideiusores, & præterea fiscus qui quarto condemnato fideiussori ex causa criminali successit, quatuor partes fient in diuisione actionis, ex quibus fiscus qui successit in bona vnius fideiussoris, quartam partem agnoscet, pro reliquis verò partibus priuati fideiussores conuenientur. *arg. l. 1. C. de fideius. l. 2. C. Ad l. Iul. de vi publ.* vbi dicitur quod fiscus qui successit debitori vel fideiussori damnato ex delicto pro parte hereditaria tenetur creditoribus respondere.

ASSERTIO XXIX.

Exceptiones dilatoriæ, qualis est procuratoria, ante litem contestatam opponi debent.

PROBATVR hæc assertio *in l. ita demum. C. de procur. l. exceptionem. C. de proba.* Sic exceptio procuratoria, quæ opponitur procuratori actoris, ratione satisdationis de rato nō præstitæ, debet opponi ante litē contestatam. Sic etiam exceptio procuratoria, quæ procuratori Rei obiicitur,

de cautione judicatum solui non præstita, ante litem contestatam est alleganda. Et si aduersarius eam ante litis contestationem petere neglexerit, postea eam petere non potest. *l. Pomponius* 40. *§. pen. ff. de procur. l. vnic. C. de satisdan.* Ratio est, quia exceptiones procuratoriæ sunt dilatoriæ. *l. 2. in fi. ff. de excep.* Atqui tales exceptiones omnes ante litem contestatam sunt opponendæ. *d. l. exceptionem. Cuiat. lib.* 18. *Obs. c.* 33.

Obijcitur *l. licèt* 24. *C. de procur.* vbi traditur, exceptionem falsi procuratoris etiam post sententiam opponi posse. Respondet *Castren. in d. l. Pomponius. §. pen.* quòd exceptio falsi procuratoris post sententiam est admittenda, si reus vult in se assumere onus probandi, quòd procurator non habuerit mandatum, & ita accipienda est *d. l. licèt.* Aliter etiam responderi potest, quòd tunc demum post sententiam exceptio falsi procuratoris admittatur, si aduersarius ignorauit eum falsum fuisse procuratorem, nullumque habuisse mandatum, & post sententiam primùm superuenit eius rei notitia. Ita tradit *Accurs. ad d. l. exceptionem.* Ratio est, quia cum falso procuratore nullum judicium est, nullaque controuersia esse fingitur. Atqui exceptiones nullitatis, quæ scilicet reddunt judicium retrò nullum, etiam post sententiam opponi possunt. Sic exceptio judicis incompetentis post sententiam opponi potest. *l. fin. C. Si à non comp. iud. gl. in d. l. licèt. C. de procur.* Vide Baronem *ad §. appellantur. Inst. de excep.* Sic exceptio, quod sententia lata sit die feriato, quia reddit judicium retrò nullum, potest etiam post sententiam opponi. *l si feriatis* 6. *ff. de fer. & dilat. Wesemb. in paratit. ad tit. de except.*

ASSERTIO XXX.

Actionis definitio tradita in Inst. tit. de actionib. tam realem quàm personalem actionem complectitur.

VERBIS definitionis actionis traditæ à Justiniano *in princ. tit. de actio.* omnis actio tam realis quàm personalis comprehenditur. Neque opus est cum Azone, Accursio, Hotomanno & Barone addere ea verba definitioni, quòd sit jus persequendi judicio quod si debetur, Vel *suum est*, vt etiam realem actionem complectatur. Verbum emim debet, hic latè, generaliter, & ἐν πλάτει accipi oportet, vt comprehendat etiam actiones reales, quibus petimus id quod nostrum est, *l. actionum* 25. *ff. de obl. & act.*

obl. & act. Illud enim quod nostrum est, & cujus domini sumus, hactenus nobis debetur, quatenus aduersarius ad id restituendum seu restitutionem possessionis nostræ nobis obstrictus est. Sic *in l. pecuniæ* 178. *§. vlt. de V. S.* expresè dicitur, hoc verbum debere, omnem omninò actionem comprehendere tam ciuilem quàm honorariam, *& in l. debitor* 108. *eod. tit.* dicitur debitor, à quo inuito pecunia exigi potest. Malè ergo *Azo. Hom. lib. 3. Obser. c. 17. Cuiatius, in Paratit. ff. de obl. & act. & lib. 15. Obseru.* c. 12. & alij interpretes actionem realem sub hac definitione contineri negant.

Pro aduersariorum sententia tale adfertur argumentum, quòd omnis actio descendit ex obligatione, obligatio enim est proxima & immediata causa actionis. *l. licèt 42. §. ea obligatio. ff. de procur. Sed in §. 1. Inst. de actio.* disertè traditur, rei vendicationem dari aduersus eum, qui nullo jure nobis obligatus est. Itaque definitione actionis non continetur realis actio. Resp. Accepta latiori significatione obligationis, realis actio etiam ex obligatione nascitur, quia conuentus reali actione, saltem per accidens, ratione rei possessæ obligatur ad restituendum, ex hoc vinculo obligationis, quòd nemo debet cum alterius iactura locupletari, & quòd quilibet injustus possessor res suas domino restituere tenetur. Actor itaque actione reali non persequitur id quod sibi debetur ratione dominii (quia illud iam habet, quippe cum actione reali agens asserat se dominum esse rei controuersæ, apud aduersarium autem possessionem esse adfirmet, *l. vnic. C. de lite. iud. mut. cau. l. in rem 23. ff. de rei vend.*) sed possessionem, quam aduersarius retinet, persequitur. Concludo igitur cum *Iazone, Zazio, Sneidewino, Mingero, Donello & Bortholt ad princip. tit. Inst. de actio.* omnem actionem mundi ex aliqua præcedenti obligatione produci. Vbi enim esset legis æquitas, si innocentem fatigaret actionibus, nisi præambula eset aliqua obligatio. Confirmat hanc sententiam *Coras. lib. Miscel. 5. c. 5. n. 8. & 9.* vbi rectè notat, eum qui rem nostram possidet, ratione possessionis rei nostræ, nostrum esse debitorem. per *l. creditores* 10. *ff. de V. S.* vbi dicitur creditores eos accipiendos esse, quibus debetur ex quacunque actione, vel persecutione.

ASSERTIO XXXI.

Actionum summa diuisio in duo genera diducitur. aut enim in rem sunt, aut in personam.

SVMMA & prima diuisio actionum, tam ratione ordinis quàm dignitatis, desumta à causa materiali, hæc est, qua omnes actiones distribuuntur in reales & personales. §.1. *Inst. de act.* Actio in personam est, qua agimus, vt aduersarius condemnetur ad dandum vel faciendum aliquid, qui ex contractu vel quasi, maleficio vel quasi nobis est obligatus. Huius actionis natura est, vt semper inhæreat personæ obligati, & vt aiunt DD. comitatur obligatum tanquam lepra leprosum. *l.1.§.si heres. ff. ad S C. Trebell.* Actio in rem est, qua petimus pronunciari rem nostram esse, ejusque possessionem nobis restitui. *l. actionum 25. ff. de obl. & act.* Hæc semper contra possessorem datur, etiamsi in mille manus res perueniat.

Sed videtur hæc diuisio esse imperfecta, quia sunt adhuc duo genera actionum, quæ sub hac diuisione non continentur, videlicet actiones mixtæ, & in rem scriptæ. Ad hanc obiectionem respondendum, quòd actiones mixtæ, quæ partim in rem, partim in personam sunt, de quibus agitur *in §. quædam 21. Inst. de actio.* sub duobus hisce simplicibus membris continentur, cum quibus participiant. Mixta enim comprehenduntur sub suis simplicibus. *Glos. in l.2. in princ. de V.O.* Actiones autem in rem scriptæ, vt est actio quod metus causa. *l.9.§.vlt. ff. Quod met. caus.* item actio ad exhibendum, *l.3. §. est autem personalis. ff. ad exhib.* sunt inspecta origine sua merè personales, quia dantur contra eos qui nobis obligati sunt ex maleficio, vt qui res nostras per vim & metum abstulerunt, vel ex quasi contractu, vt est actio ad exhibendum quæ in eum competit, qui tempore conuentionis seu judicij accepti facultatem habet exhibendi, vel dolo desiit posse exhibere. *d.l.3 §. eleganter l. de eo. § si post. ff. ad exhib. Baro ad d. §. 1.* Ideò autem dicuntur in rem scriptæ, quòd licet nobis per eas actiones res persequi, ad quemcunque possessorem deuenerint. *Zazius ad d. §.1. num 15.*

ASSER-

ASSERTIO XXXII.

Actiones aliæ bonæ fidei sunt, aliæ stricti iuris.

TRADITVR hæc decisio *in §. actionum. Inst. de act.* Actiones bonæ fidei sunt, in quibus liberam potestatem habet iudex ex bono & æquo æstimandi, quemadmodum actori satisfieri oporteat, liberumque abet arbitrium indicandi quod sibi bonum & æquum videbitur, licèt de o nihil dictum sit à contrahentibus. *§. vlt. Inst. de obl. ex consen. l. quia tantun-m. ff. de neg. gest. §. in bonæ fidei Inst. de actio.* Stricti iuris actiones sunt, in quius iudex adstringitur legibus contractuum, expressisque partium conentionibus, neque liberam habet potestatem iudicandi ex bono & æquo, ltra ea quæ expressa partium conventionibus & pactis cauta & compreensa sunt. *l. quicquid. 99. de V. O.*

Obijcitur *l. placuit. C. de iudic.* vbi dicitur, omnibus in rebus, & proine in omnibus actionibus, præcipuam esse iustitiæ, æquitatisque, quàm ricti iuris rationem. Vnde colligitur, nullas esse stricti iuris actiones. esp. Strictum ius ibi accipitur pro summo iure, quando verbis legis tanùm præcisè & pertinaciter obseruatis, mentem & sententiam legis negliimus. Hoc ius nunquam sequimur, ideoque eo sensu nullæ sunt actioes stricti iuris, in quibus scilicet verbis tantùm legis pertinaciter captas, mentem & voluntatem legis non attendimus. *l. penul. ff. ad exhib.* Eleanter *Cicero in orat. pro Cæcinna.* Scriptum sequi calumniatoris est, boni utem iudicis, voluntatem scriptoris auctoritatemque defendere, *fa. tex. egans in l. scire oportet. §. aliud autem. ff. de excus. tut.* vbi dicitur, Etsi verba legis anc efficiant sententiam, mens tamen legislatoris aliud voluit. *& l. pen. ad exhib. vbi inquit I C. Paulus.* Non oportet ius civile calumniari, neque erba captare, sed qua mente quid dicatur, animadvertere convenit. Veùm hoc sensu rectè dicuntur aliæ actiones bonæ fidei, aliæ stricti iuris; uòd scilicet iudex in illis ex libera potestate æstimare potest, quicquid ex ona fide aduersarium dare facere oportet. *§. in bonæ fidei. Inst. de act.* In his erò potestas iudicis est certis finibus inclusa & adstricta. *d. l. quicquid. ff. V. O.*

Secundò obijcitur *l. bonam fidem. C. de obl. & act.* vbi dicitur, in omnibus ontractibus bonam fidem adesse oportere. Ergo omnes actiones sunt onæ fidei. Resp. Hoc ita accipiendum est, quòd in contractibus bonæ dei maximè exuberare debet æquitas seu bona fides: in stricti verò iuris idicijs bona fides non tam diligenter spectatur, sed plerunque negli-

gitur, *l. Lucius 24. ff. depos. l. 5. C. de resc. vend.* Exempli gratia: In vtrisque exigitur, vt debita sine mora reddantur, hoc verò in bonæ fidei contractibus exigitur maximè, & ideò ex mora in bonæ fidei contractibus veniunt vsuræ. Ex mora in contractibus stricti iuris non exiguntur vsuræ, citra vinculum stipulationis, etiam post litem contestatam. Mora culpatur magis in vno contractu quàm in alio, *l. mora. §. in bonæ fidei. l. lite. ff. de vsur. l. cùm fundus 31. ff. de re. cred. l. 1. C. de cond. ind. & ibi Glos. sing. l. 3. C. de vsur. Mins. ad §. actionum. num. 16. Inst. de actio.* Secundò bonæ fidei hoc est proprium, vt in contractibus absit dolus & calliditas, hoc in bonæ fidei contractibus maximè & potissimùm exigitur. Vnde contractus bonæ fidei, quibus dolus dedit causam, ipso iure nulli sunt, *l. & eleganter. 7. ff de dolo. l. 3. Pro soc.* Contractus verò stricti iuris, quibus dolus dedit causam, ipso iure valent, nec infirmantur, nisi actione vel exceptione doli proposita; *l. dolo. C. de inut. stip. l. 36. ff. de V. O. l. & eleganter. 7. §. non solùm. ff. de dolo. Cuiac. lib. Obs. 8. c. 10.* Tertiò ex eo liquet, contractus bonæ fidei pleniores & vberiores esse, quàm stricti iuris contractus, quòd in omnibus bonæ fidei contractibus, cùm nondum dies præstandæ pecuniæ venit, ante diem agi potest ad interponendam cautionem, id est, satisdationem ex iusta causa, puta quòd debitor labatur facultatibus. *l. in omnibus. 41. ff. de iudic. l. si creditores. ff. de priuil. cred.* & periculum sit eum adveniente die non fore solvendo. *l. si fideiussor. 7. §. vlt. ff. Qui satis cog.* Quæ cautio locum non habet in stricti iuris iudicijs. *l. quoties. §. si semel. ff. de pecul.* Quartò in contractibus bonæ fidei fructus veniunt à tempore moræ. *l. 3. §. cæterum. ff. de vsur.* In strictis verò iudicijs non à tempore moræ, sed ex lite contestata fructus debentur ex æquitate. *l. 38. §. si actionem. ff. de vsur. l. cum fundus 31. ff. de reb. cred. l. si homo 8. ff de re. iud. Cuiac. lib. 17. Obs. c. 37. Mins. d. loco. num. 20.* vbi recenset nouem differentias inter actiones bonæ fidei & stricti iuris. Potest etiam rectius & melius hoc modo *ad d. l. bonam fidem* responderi, quòd bona fides ibi significet simplicem & syncetam voluntatem, rectùmque animi propositum, & sic dolo, fraudi, calliditati & malitiæ opponitur. *l. ab emtione 58. de pact. l. si cùm fundum. 68. ff. de cont emp.* In hac significatione bona fides in omnibus contractibus necessaria est, quia ab omni negocio contrahendo fraus & dolus malus abesse debet. Verùm in proposita diuisione bona fides non pro syncero & puro animo, ab omni fraude & dolo remoto vsurpatur, sed potius idem valet quod bonum & æquum siue æquitas, secundum quam iudex in bonæ fidei iudicijs non strictè inhærere tenetur petitioni actoris, sed liberè adiudicare potest actori etiam ea, de quibus nihil inter partes dictum aut conuentum est, dummodò bona fides, hoc est, æquitas postulet illorum rationem haberi. Atque hoc modo bona fides accepta, non in omnibus, sed in bonæ

fidei

dei tantùm contractibus & actionibus attenditur. *Inst. de obl. ex consen. in fi-* ùm in stricti iuris contractibus ea tantùm præstentur, quæ expressa con-rahentiũ conuentione cauta sunt, neque plus, neque minus. *l. quicquid 99. de V.O.* Ita eruditè respondet *Harprechtus ad §. actionum. Inst. de actio.*

ASSERTIO XXXIII.

A contractu perfecto, inuito aduersario non licet recedere.

REGVLA est generalis in omnibus contractibus, quòd sicut ad contrahendam obligationem exigitur vtriusque voluntas, ita semel constitutæ obligationi vnus inuito altero non potest renuntiare. *l. sicut. de obl. & act.*

Obijcitur huic regulæ, quòd in contractu societatis alterutri sociorum tero inuito etiam, licet societati renuntiare *l. verum. 63. §. fin. & l. seq. ff. Pro* *. §. manet. Inst. eo.* Resp. Hæc regula non procedit in societate. Societatis nim ea est natura, vt nemo inuitus cogatur in communione manere, eò uòd communio plerunque solet excitare discordias. *l. cùm pater 77. §. dulcissimis. de leg. 2. l. vlt. C. Com. diuid.*

Secundò opponitur, quòd mandatum reuocatur etiam solo dissensu andatoris, sicut & renuntiatur mandato à solo mandatario. *l. si mandauerit 22. §. si ff. Manda.* Resp. Hoc quoque speciale est in mandato, quòd solus mandatarius re integra renuntiare possit mandato, quando videlicet ommodum adhuc est mandatori mandatum per alium explicare: sicut & mandatori licet re integra reuocare mandatum, vbi nihil adhuc cœpit gere mandatarius. *d. §. fina.* Ratio est, quia actio mandati tum demum ompetit, quando cœpit interesse mandantis. Atqui vbi renuntiatur mandato re adhuc integra, mandantis nihil interest, ideoque locus est renuntiationi. *l. si procuratorem 8. §. mandati. ff. Manda.*

Tertio obijcitur, quòd licèt in deposito & precario conuenerit, ne licit ante certum tempus depositum vel precarium repetere, tamen non stante ista conuentione, nihilominus vbi commodum fuerit deponenti vel precariò danti, reuocabitur depositum vel precarium. *l. 1. §. penul. ff. do. l. cùm precario. 12. ff. de praca.* Resp. Hoc fit ideò, quia hæc conuentio est contra naturam depositi vel precarij. Ideoque ei non est standum, cùm pacta contra naturam contractus apposita de iure non subsistant. *l. cùm nna sata. 80. §. vlt. ff. de cont. emp. l. vbi ita 27. ff. de dona. caus. mort.* Atqui

natura

natura depositi & precarij est, vt ad arbitrium deponentis, vel precari dantis reuocentur.

Quartò obijcitur, quòd in contractibus innominatis, licet ei qui impleuit à sua parte contractum, pœnitere, & discedere à contractu. *l.3.§.1 ff.de cond. ob caus.* Resp. In ijs contractibus id tacitè agi videtur, vt quamdiu res ob quam quid datum est, ab altera parte non sequatur, repetitio dati sit. *l.1. in fi.ff. de rer. permu.* Is verò qui quid accepit ex contractu innominato, pœnitentia sua non potest à contractu recedere. *l.si pecuniam. in princ. & ibi gl. ff. de cond. ob caus.* quam approbat *Salice. in d. l. sicut.* Ratio autem diversitatis, quare citius dissolvantur contractus innominati per pœnitentiam, quam nominati, hæc est, quia sicut ad initium seu productionem sunt debiliores contractibus nominatis, ita quoque ad existentiam seu firmitatem sunt imbecilliores. *Cynus ad l. sicut. nu. vlt. C. de obl. & act. Gl. magistralis & elegans in d. l. si pecuniam. in verb. sed cum liceat pœnitere. ff. de condict. cau.dat.&c.* vbi dicit, quod sicut contractus innominati sunt debiles in contrahenda obligatione, ita & in retinenda.

ASSERTIO XXXIV.

In actionibus mixtis aut pœnalibus, si plures deliquerint, quod vnus præstitit pœnæ nomine, non liberat alios.

CERTISSIMA hæc est iuris regula, quæ probatur *in l.pen. & vlt.ff.Ne qu.eum qui in ius voc. l.item Mela. 11. §.si plures. ff. Ad l. Aquil. l.7. §. vlt. cum seq. ff. de iurisd.* Idque rationem manifestam habet, ne scilicet vllius delictum vllo modo maneat impunitum.

Obijcitur *l. illud 32. ff. Ad l. Aquil.* vbi dicitur, si familia alicuius domini furtum fecit, vel damnum dedit, non plus familiæ nominé præstatur quàm si vnus deliquisset. Sed hoc ideò receptum est, quia hoc vnum factum, id est, vnius hominis intelligitur. Quod non similiter procedit in actione iniuriarum, & albi corrupti, in quibus delictis à familia commissis, dominus tenetur pluribus actionibus. *l. 9. ff. de iurisd. l. si plures 34. ff. de iniur.* Ratio diuersitatis est, quia actiones furti & legis Aquiliæ pro damno pecuniario intenduntur, quod si semel dominus dependat, obligationi satisfecit. In actione verò iniuriarum, & albi corrupti, vindicatur contumelia, quæ eò grauior est, quo à pluribus infertur; ideoque plura facta intelliguntur, non vnum. *Cuiac. lib.8. Obs. c.20.*

Secund

Secundò obijcitur *l.1. §. si plures. ff. De eo per qu.fac. erit.* Sed ea actio id quod actoris interest, persequitur, non meram pœnam. *l.3.ff. eo.* Mera pœna sæpius à diuersis exigitur, id quod interest non nisi semel.

Tertiò aduersatur *l. item si cùm 14. §. fi. ff. Quod met.cau.* vbi vno ex pluribus metum inferentibus, soluente pœnam, vel rem metu ablatam restituente, cæteri liberantur. Resp. Hæc est natura actionis quod metus causa, vt non competat in quadruplum, nisi in eum qui restituere iubetur rem metu ablatam, & non paret. Vnus igitur si rem præstiterit ante sententiam, cæteri liberantur. Idem est si quaruplum præstiterit ex sententia: nam in quadruplo inest res metu ablata, qua præstita, nihil eius interest, qui metum passus est, igitur consequens est cæteros liberari. Atqui regula loquitur de ijs actionibus, quæ pœnales sunt ab initio: hæ dantur in singulos, nec sufficit, si vnus pœnam soluit. *d.l.7.§.vlt.& l.seq.d.l.si plures. Cuiac. & Baro ad d.l. item si cùm.§.fina.ff. Quod me.caus.*

ASSERTIO XXXV.

Quoties concurrunt plures actiones vnius rei nomine, vna tantùm quis experiri debet.

TRADITVR hæc regula *in l. nemo 43. §.1. de R.I.* Quæ vt melius intelligatur, sciendum est alias actiones rei persecutorias esse, alias pœnales, alias mixtas, id est, tam rei quàm pœnæ persequendæ causa comparatas. *§. sequens. Inst. de act.* De rei persecutorijs prodita hæc est regula.

Quoties plures actiones eiusdem rei nomine concurrunt, vna tantùm quis experiri debet: id est, quoties concurrunt plures actiones rei persecutoriæ, ex vna eademque causa & obligatione descendentes, toties vna electa altera perimitur. Sic enim quando quis cum seruo, qui negotiatur in merce peculiari, contrahit, concurrunt actio de peculio & tributoria, quarum vna electa ad aliam regressus non datur. *l. quod in herede 9. §.1. ff. de trib. act.* Sic si mihi tecum societas sit, & res ex societate communes, & quam impensam in eam fecero, quosque fructus ex his rebus perceperis, vel pro socio, vel communi diuidundo actione consequar, & altera actione alteram tolli Proculus ait, *in l.pro socio 38.§.1.ff. Pro soc.* Sic in tutela, ex vna causa & obligatione duas actiones nasci constat: & ideò si tutelæ fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, siue contrà, tutelæ actio quoad istam speciem peremta est: *l.1. §.pen.ff.de tut. & rat.distr.*

De pœnalibus actionibus prodita est illa iuris regula, quæ habet: Nunquam actiones pœnales de eadem re vel pecunia concurrentes, alia aliam consumit: *l. nunquam 130. ff. de R. I.* Quæ regula cum hac distinctione accipienda est: Aut enim pœnales sunt, quæ ex pluribus factis & delictis descendunt; aut pœnales sunt, quæ ex vno facto & delicto proueniunt. De pœnalibus, quæ ex pluribus factis & delictis oriuntur, vera est regula, quòd scilicet alia ab alia non consumitur, veluti si quis eundem hominem surripuerit, surreptum verberauerit & occiderit, hic actione furti, iniuriarum, & *l.* Aquiliæ efficiater conueniri poterit. *l. 2. ff. de priua. delic. l. si seruus 27. ff. Ad l. Aquil.* Item si quis alienam ancillam surripuerit & flagitauerit, id est, stuprauerit, & ita corrupit, serui corrupti, & furti agi potest. *d. l. 2. l. qui seruum 33. in princ. ff. de obl. & act.* Idque ob hanc rationem, quòd nunquam plura delicta concurrentia faciunt, vt vllius impunitas detur, neque enim vnum delictum ob aliud minuit pœnam. *d. l. 2. l. qui seruandarum* 14. §. 1. *ff. de præsc. ver.*

Tertia regula. In pœnalibus actionibus pluribus, quæ ex vno facto & delicto proueniunt, vnius actionis electione altera consumitur, nisi quid in altera pluris sit. Veluti si quis furtim arbores ceciderit, aduersus eum & lege Aquilia, & arborum furtim cæsarum agi potest. *l. 1. ff. Arb. furt. cæs.* Sic si quis rem rapuerit, & furti, & vi bonorum raptorum tenetur: *l. 1. ff. Vi bo. rap.* Sic si quis alienum seruum iniuriosè verberauerit, ex vno facto incidit & in legem Aquiliam, & in actionem iniuriarum. *d. l. qui seruum. in princ.* Quibus casibus vna actione, non omnibus contendendum est. *l. plura 52. ff. de obl. & act.* nisi fortè post eam inchoatam quæ minus continet, intendat eam quæ plus continet, quod fieri potest tantùm in eo quod plus est. Veluti si prius egeris cum raptore furti nec manifesti in duplum, superest actio de bonis raptis in id quod amplius in ea est. Si verò prius egeris bonorum raptorum, consumitur actio furti nec manifesti.

Quid verò dicendum est, si concurrat actio pœnalis cum rei persecutoria? quo casu rursus distinguendum est. Nam pœnalis aut merè pœnalis est, aut mixta. Si merè pœnalis concurrit cum rei persecutoria, altera alteram non tollit. Sic enim actio furti non tollit condictionem furtiuam. *l. si pro fure 7. §. 1. ff. de cond. furt.* nec actionem depositi *l. si sacculum. ff. depos.* neque *locati. l. 24. ff. loca.* Sin autem est mixta pœnalis, consumitur altera, si modo ea intentetur actio, quæ continet quod plus est. Sic enim actio vi bonorum raptorum consumit condictionem furtiuam. *l. 10. §. 1. ff. de cond. furt. §. 1. Inst. vi bo. rapt.* Sed si prius egeris condictione furtiua contra raptorem, superest actio vi bonorum raptorum in triplum. *l. pen. ff. Vi bo. rap.* Similiter actio in factum de calumniatoribus, quæ datur in quadruplum,

druplum, contra eum qui pecuniam accepit, vt mihi per calumniam litem moueret, condictionem ob turpem causam impedit. *l. in heredem. §. 1. ff. de calum.* Sic actio legis Aquiliæ actionem commodati consumit. *l. vnde quæritur 7. §. 1. l. in rebus 18. §. 1. ff. Commo.* & denique actio quod metus causa rei vendicationem extinguit, *l. metum 9. §. licet. ff. Quod met. cau.* De concursu actionum vide eleganter disserentem *Cuiac. lib. Obs. 8. c. 24. & Hotom. in illust. quæst. c. 27. Vincent. Cabotium. lib. 1. disput. iur. c. vlt.*

ASSERTIO XXXVI.

Heres ex contractu defuncti ob dolum tenetur in solidum, ex delicto defuncti tantùm in id, quod ad eum peruenit.

EX dolo defuncti in delictis commisso heres non tenetur, nisi lis cum defuncto fuerit contestata, vel ad heredem aliquid peruenerit: *l. vnic. C. Ex delic. defun. l. 1. ff. de priua. deli. l. in heredem. ff. de calum. l. sicut pœna. ff. de R. I.* Ex dolo autem à defuncto in contractibus commisso heres obligatur in solidum, etiamsi ad eum nihil peruenerit. *l. ad ea 157. §. fi. de R. I. l. ex parte 121. §. vlt. de V. O. l. hominem. §. 1. ff. depos. l. ex depositi. ff. de obl. & act.*

Priori parti aduersatur *l. in condictione 9. ff. de cond. furt.* vbi dicitur, quòd heres furis conuentus condictione furtiua, non quatenus ad eum peruenit, sed in solidum tenetur. Resp. Ab hac decisione excipitur heres furis, qui condictione furtiua conuenitur: contra eum enim datur hæc condictio in solidum. Rationem reddit *Bart. in l. 2. ff. de priua. delic.* vt compescatur furtorum frequentia, hoc specialiter odio furum esse constitutum, cùm in alijs actionibus ex delictis, heredes tantùm teneantur, in quantum locupletiores facti sunt.

Secundæ parti refragatur *§. aliquando. Inst. de perp. & temp. act.* vbi dicitur, fieri aliquando vt ex dolo defuncti contractus heredem non teneat, si nihil ad eum peruenit. Resp. Hoc tantùm fit aliquando, scilicet in actione depositi, quod ruinæ, tumultus, incendij, naufragij causa depositum est, quæ actio in duplum non datur ex dolo defuncti in heredem, sed in simplum tantum, quatenus ad eum peruenit, quia hæc actio pœnalis est. *l. 18. ff. depos. §. sequens. vers. planè. Inst. de act. Cuiac. ad d. l. ex ea parte. §. fin. ff. de V. O. Contius ad d. §. aliquando. Inst. de perp. & tem. act.*

ASSERTIO XXXVII.

Diuerſitas reſponſionis non vitiat ſtipulationem, ſi eſt in quantitate: ſed diuerſitas in qualitate & forma ſtipulationis, vitiat ſtipulationem, niſi accedat complacentia.

QVOTIES diuerſitas eſt in ſtipulatione, & reſponſione, ſiquidem eſt in quantitate, vel in ſumma, non in totum inutilis eſt ſtipulatio, ſed valet in concurrente quantitate. Si verò diuerſitas eſt in qualitate vel cauſa obligationis, vt ſi alternatio, conditio, vel dies adijciatur, ſeu detrahatur ſtipulationi, in totum inutilis eſt ſtipulatio, niſi diuerſitas reſponſionis ilico ſtipulanti placuerit, tunc enim conualeſcit nouo conſenſu. *l.1. l. inter 83. §. ſi ſtipulante. l. ſi ita* 109. *ff. de verb. obl.* Nam regula quæ in *d. l.1. §. cùm adijcitur*, ponitur, quoties aliquid adijcitur vel detrahitur ſtipulationi, vitiari obligationem, niſi ilicò diuerſitas reſponſionis placeat ſtipulatori, ad præcedentes caſus legis pertinet, in quibus in forma ſeu qualitate ſtipulationis variatum eſt. Subiungit enim Vlpia. quòd alia ſtipulatio per nouum conſenſum contracta intelligatur. Quod in diuerſitate ſummarum dici non poteſt, cùm minor ſumma ſemper contineatur ſub maiori, & diuerſitas non ſit in concordante ſeu minori ſumma. In ſummis itaque valet ſtipulatio pro minori quantitate, abſquè nouo conſenſu. *d. l. ſi ita.* vbi dicitur, quòd in ſummis ſemper ſponderi videtur quod minus eſt: vt ſi ſtipulanti decem, viginti promittātur, ſtipulatio erit contracta in decem. *& d. l. inter. §. ſi ſtipulante*, vbi additur elegans ratio, quod ſemper in ſummis id quod minus eſt, ſponderi videtur. Non opus eſt ergo vt complacentia inter ſtipulantes accedat, vbi diuerſitas ſummarum in ſtipulatione verſatur.

Opponitur §. *præterea. Inſt. de inut. ſtip.* vbi æquiparat Imp. haſce ſtipulationes, & ait ſimpliciter inutiles eſſe, ſiue diuerſitas fuerit in quantitate, ſiue in qualitate, ſeu cauſa ſtipulationis. Reſp. quòd Imp. in Inſtitutionibus, quæ ſunt prima iuris elementa, ſubtiliores diſtinctiones ſæpè omiſit, ad faciliorem tyronum captum. Inſtitutum enim fuit Imp. in Inſtitutionibus capita rerum tantùm attingere, exceptionibus in latiores Digeſtorum libros reiectis. Itaque quod dicitur *in d. §. præterea, ſi ſtipulanti* x. promiſſor reſpondeat V. inutilem eſſe ſtipulationem, hoc ſupplendum

dum est ex l. 1. §. *si stipulanti. ff. de V. O.* quod inutilis sit stipulatio quoad decem, quia non responsum est ad decem, sed tantum valet quoad quinque. Nam hæc stipulatio, promittis decem, resoluitur & recidit in duas, scilicet n quinque, & quinque, & ad alteram tantum responsum censetur, ad alteram non. Illa vtilis est, hæc inutilis. §. *quod si quis sibi 5. Inst. de inut. stip.* neque vtilis stipulatio per inutilem vitiatur. *c. vtile. de R. I. in 6. d. l. 1. §. sed si mihi. ff. de V. O. Duarenus ad d. l. 1. Contius ad d. §. præterea. Inst. de inut. stip.*

Obiicitur secundò *l. si decem. Inst. loca.* vbi dicitur, quòd si in locatione sit diuersitas in quantitate mercedis, nihil actum videri, vt si locator existimauerit se domum locare viginti aureis, conductor se decem conduxisse putet. Resp. In contractu lucratiuo, utputa in stipulatione, diuersitas quantitatis non vitiat contractum in totum, quia quicquid stipulator habet, in lucro est: sed in contractu oneroso ptopter diuersitatem pretij vitiatur totus contractus, ne alteruter contrahentium in damnum incidat. *Castren. ad d. l. 1. §. si stipulanti. in fi.* De hac quæstione, an diuersitas responsionis in quantitate vitiet stipulationem eleganter & perspicuè dissetit *Francisc. Sarmientius. lib. 6. select. interp. c. 3. Consulendus & eruditissimus Corasius. ad l. 1. §. si stipulanti. nu. 2. & 3. ff. de V. O.* qui prædictam solutionem suprà à me allatam tuetur & approbat, necnon *Vaconius à Vacuna. lib. 5. declar. iur. ciuil. cap. 71.* vbi omnium elegantissimè scribit.

ASSERTIO XXXVIII.

Stipulatio impersonaliter concepta, dabis? dabuntur: promittis? promittuntur, vtilis est.

QUÆSITVM est à DD. an ista stipulatio valeat, dabis? dabitur, & *Bart.* communisque interpretum schola eam valere negat. Quibus *cum Raphaële Cumano, Alciato*, aliisq; melioribus rationibus nitentibus, consentire non possum. Verius itaque & probabilius est, quòd stipulatio impersonaliter concepta, hoc modo, dabis? dabuntur, promittis? promittuntur, valida & efficax de iure censeatur: quod inter alia Plauti loco relato comprobat *Alciatus lib. 2. Parer c 18.* in quo ita legitur concepta stipulatio, dabin? dabuntur, quæ perinde valet, ac si dixisset, dabo. Verba *Plauti in Pseudolo* ita habent. Nullum periculum est quod sciam stipularier, ut concepisti verba, Viginti minas dabis? Dabuntur, hoc igitur quidem actum est haud malè. Comprobatur hæc assertio ista ratione, quòd in stipulatione præcedat interrogatio, secundum quam responsio interpre-

tanda & accipienda est. *arg. §. præterea. Inst. de inut. stip.* ita vt persona in interrogatione expressa, in responsione repetita videatur. *l. si sine. 9. §. qui interrogatus. ff. de interrog. in iu. fac.*

Nec obstat, quod dicitur *in Auth. si quando. C. de const. pecu.* non obligari eum qui ita constituit alieno nomine, satisfacis? satisfiet, verbo impersonaliter prolato, quia eadem impersonalitas vitiat stipulationem. Temporis enim diuersitas facit (veluti si stipulanti, promittis? respondeat, promittentur) vt persona in interrogatione expressa, in responsione repetita non videatur. Idque propter responsionem incongruam, cùm alter de præsenti quærat, alter de futuro respondeat. Sic in constituto si quæratur, satisfacis? & respondeatur, satisfiet; constitutum non valet. *d. Auth. si quando*: secus si respondeatur, satisfit, modò animus constituendi adsit. Scitè Cuiac. ICtorum nostri temporis princeps & coryphæus *ad l. 5. in fi. ff. de ver. obl.*

Postremò non obstat, *quod IC. Paulus* respondit *in l. si ita 26. §. Chrysogonus. de ver. obl.* in stipulationibus personam nunquam intelligi, nisi exprimatur: quia hoc locum habet, cùm duæ sunt distinctæ stipulationes, vna sortis, altera vsurarum: tunc persona in vna stipulatione nominata, non comprehenditur in alia. Itaque rectè Paulus *in d. l. si ita*, respondit, quòd in accessoria sequenti stipulatione non potest dici repetita persona, quæ in stipulatione rei principalis expressa est. Ratio est, quia sunt duæ stipulationes, vna sortis, altera vsurarum. *l. centum. ff. De eo quod cer. lo.* Vide *Godæum de contrah. stipul. cap. 4. conclus. 3.*

ASSERTIO XXXIX.

Ex stipulatione alteri facta, non acquiritur actio, nisi stipulantis intersit.

ALTERI inutiliter stipulamur, nisi intersit nostra. *l. 3. & l. vlt. C. de inut. stip. §. alteri. Inst. de inut. stipulat. l. stipulatio ista 38. §. alteri. ff. de verb. obl.* vbi additur à IC. Vlpiano elegans huius axiomatis ratio, quod inuentæ sunt huiusmodi obligationes ad hoc, vt vnusquisque sibi acquirat, quod sua interest. Cæterum vt alii quid detur, nihil interest mea. Verùm singulare est in mutuo, vt per liberam personam alteri acquiri possit condictio, si quis pecuniam alieno nomine credidit, ob frequentem & crebrum huius contractus vsum, tunc enim illi cujus nomine pecunia mutuò data est, etiam ignoranti & absenti quæritur actio ex mutuo

nutuo ſcilicet condictio certi *l. ſi ita ſtipulatus* 126. §. *Chryſogonus. ff. de verb. bl. l. ſi abſentis* 4. *C. Si cert. pet.* Alteri inquam cujus nomine data eſt mutua ecunia, dabitur directo condictio ex numeratione ſeu mutuo, *l. certi.* §. *ſi ummos. ff. de re. cred.* Ex eadem cauſa acquiritur etiam nobis per alterum ypothecaria actio, ſi pignus pro mutuo datum ſit. *l.* 2. *C. Per qu. perſ. no. cq. obl.* Sed hoc tantùm in mutuo obtinet, alioqui non acquiritur nois actio per liberam perſonam noſtro nomine contrahentem. *l. ſolutum. per liberam. ff. de pig. act.* Sunt tamen ſingulares aliquot caſus notandi, uibus alteri per alterum ex ſtipulatione acquiritur. Primus eſt, ſi aliquis ihi ſuper re mea ſtipuletur. *l. pen. C. ad exhib. l. quod procurator* 68. *ff. de rocu. l. ſi cùm venderet* 13. *ff. pe pig. act.* Secundus eſt, quando quis ſuper re ia, quæ ſua manet, alteri ſtipulatur. *l. Publia. in princ. ff. depoſ. fac. d. l. peult. C. ad exhib.* Tertiò in donatione & dote vſurpatum eſt, vt alteri ſtiulatio facta vtilis ſit. *l. quoties. C. de dona. ſub mo. l. Caius* 45. *Solut. matr.* Quartò ex ſtipulatione tutoris quæritur vtilis actio pupillo. *l.* 2. *ff. Quan. ex c. tuto.* Quintò in perſonis publicis, vt tabellionibus ſeu Notariis, obnet, vt alii vtiliter ſtipulentur. *l.* 2. *ff. Rem. pup. ſal.* Sextò ex ſtipulatione rocuratoris ſingulari priuilegio militi quæritur actio *l. ſi pecuniam* 26. *ff. de cred.* Aliàs procurator non acquirit actionem ex ſuo contractu domio, niſi ei à procuratore cedatur. *l. poſſeſſio* 49. §. *vlt. ff. de acq. poſſ.* Si tamen æſente domino ei ſtipuletur, acquirit ei, nec ceſſione opus eſt. *l. ſi procutori* 79. *ff. de V. O.* Septimò in omnibus caſibus, qui ad liberandum perent, domino quæritur per procuratorem. *l. reſcriptum.* §. *vlt. ff. de pact.* ltimò in iudiciis ſiue iudicialibus & prætoriis ſtipulationibus perpeum eſt, vt alteri per alterum quæratur. *l.* 27. *in ſi. & l.* 28. *ff. de procur.*

Obiicitur contra hanc aſſertionem tale argumentum. Alterius condionem etiam inuiti & ignorantis licet meliorem facere. *l. ſoluendo* 39. *ff. de g. geſt.* Ergo & alteri ſtipulari poſſumus. Reſp. Ideò alii non poſſumus ſtiılari, quia non licet nobis paciſcendo vel ſtipulando alterum obligare, l onerare, ſi noſtra non interſit. Quod hoc caſu, quo alteri ſtipulamur ri aliquid vel fieri, accidit.

ASSER-

ASSERTIO XL.

Promittens se curaturum, quod alius dabit vel faciet, rem effectui dare tenetur. contra communem DD. opinionem.

DIGLADIANTVR acriter interpretes, ad quid teneatur, qui promisit se curaturum, vel effecturum, vt alius det vel faciat. Communis & recepta est DD. sententia, eum à promissione liberari, si tantam adhibeat rei conficiendæ curam, quanta adhiberi potest. Ita tradunt *Bart. cons. 236. Maran. disput. 2. num. 20. 23. & 27.* vbi dicit, in practica hanc opinionem seruari, licet in puncto juris obtineat contrarium *Wesem. ad §. si quis alium. Inst. de inut. stip.*

Alciatus verò, Zazius & Cuiacius post Iasonem in l. stipulatio ista 38. ff. de verb. obl. existimant promissorem ad effectum præcisè teneri, nec liberari præstando omnem diligentiam, si in vanum laborauerit. Itaque si effectus non sequatur, promissor ad id quod interest, condemnabitur, vel ad pœnam, si pœna sit stipulationi adiecta. Quæ sententia confirmatur per *l. vlt. §. vlt. ff. de reb. cred.* vbi dicitur, quòd qui promisit se curaturum decem dari, non aliter liberatur, nisi locupletem & idoneum reum præstet, qui pecuniam numerare possit. Curare enim significat, cum effectu aliquid præstare, & sic rem agere, vt sequatur effectus. Sic Cicero sæpè in epistolis. Curare pecuniam, id est, præstare & adnumerare. Facit plurimum ad confirmationem huius sententiæ *l. sancimus. 26. C. de fideius.* vbi deciditur, quòd qui promisit aliquem judicio sisti, sub pœna, & non potest eum repræsentare, tenetur soluere pœnam, si intra semestre eum non sistat. Itaque difficultas facti non excusat à pœna seu interesse.

Obiicitur, quòd difficultas excusat promissorem in obligationibus faciendi. *l. si vehenda. §. 1. ff. Ad l. Rhod. de iac.* Vbi qui promiserat se traiecturum ad certa loca maris, & non potuit traiicere, impeditus tempestate maris, excusatur. Resp. Aut iste qui promisit se curaturum, vt aliquid fieret, non potuit impedimentum, quod postea contigit, præuidere, vtputa si nauta insolitis & inusitatis quibusdam tempestatibus impeditus, non potuit ad locum præscriptum peruenire, & tunc excusatur. *l. fistulas. §. fin. ff. de cont. emp.* Aut potuit casum seu impedimentum præuidere, & tunc difficultas à pœna eum non excusat. Hanc distinctionem tradit & comprobat *Zazius ad d. l. stipulatio ista. 38. in princ. ff. de V. O.* Approbat & laudat hanc sententiam

sententiam *Fachin. lib. 3. contro. iur. c. 20.* Vnde rectè notat *Zazius ad d. l. stipulatio ista, ff. de V. O. in princ.* quod promittens se curaturum, vt aliquis puta soror aut frater renuntiet hereditati, rem effectui dare tenetur. Quod applicat ad talem pulchrum casum. Quidam nobilis dum contraheret matrimonium cum aliqua muliere, promisit fratribus, se effecturum, quandocunque moreretur, quod vxor sua renuntiet hereditati paternæ. Post certos annos vnus ex fratribus monuit nobilem, vt curaret sororem renuntiare, dixit se curaturum, & adhibuit omnem diligentiam, multa pollicendo vt renuntiaret, sed ipsa noluit; Alter dicebat, tu cogeris præstare hanc promissionem. Pro qua parte consuluit *Zazius & obtinuit. fac. d. l. sancimus. C. de fideiuss. Zazius ad d. l. stipulatio 38. in princ. nu. 21.*

ASSERTIO XLI.

In obligationibus facti promissor ad factum præcisè cogitur.

PROBATVR hæc sententia varijs legibus, puta *per l. fideicommissa. §. fin. de leg. 3.* vbi heres qui jussus est opus facere Reipub. præcisè ad factum compellitur, neque liberatur pecuniam dando Reipub. vt ipsa opus faciat. Ratio est, quia interest creditoris, factum potius à promissore, quàm ab alio impleri, quia magna est inter artifices differenria. *l. inter artifices ff. de solut.* Idem obtinet in obligationibus, quibus ad restituendum quis tenetur. *l. qui restituere. ff. de rei vend. l. 3. §. heres ff. Commod.* Probatur etiam hæc decisio *per l. hereditatem 28. ff. de donat.* vbi filia, cui pater hereditatem sibi relictam donauit, tenetur creditoribus hereditariis satisfacere, & ad hoc cogitur actione præscriptis verbis. Proinde magis cogeretur ipsa filia, si factum promisisset, quia potentior est dispositio seu prouisio hominis quam legis. *l. vlt. C. de pact. conuent. tàm sup. dote.*

Obiicitur *l. si quis ab alio 11. §. vlt. ff. de re iud.* Vbi qui stipulanti damni infecti nomine, promisit se prohibiturum, ne quod ex ea re damnum stipulator patiatur aut faciat, si hoc non facit, tenetur tantùm in id quod interest, Idemque in omnibus facti obligationibus seruari adiicitur. *stipulationes non diuiduntur 72. ff. de verb. obl. l. quoties 81. in princ. & §. 1. l. si quis stipulatus 112. §. 1. ff. eod. § fin. Inst. de V. O. l. fin. ff. de præt. stip.* Resp. In illa *l.* debitor fuit in mora faciendi, quo casu liberum est creditori agere ad id, quod sua interest propter moram. Ideoque debitor qui fuit in mora faciendi,

 in pe-

in pecuniam condemnatur. Si verò mora in faciendo non erat commissa, sed res integra erat, & factum adhuc præstari poterat, tunc debitor districtè ad factum compelli poterat. Ratio decidendi est, quia ut debitor præstando interesse ab obligatione facti eximatur, hoc non in fauorem debitoris morosi, cujus mora impunita esse non debet, *l.3. §.fin.ff. de vsur.* sed in gratiam creditoris receptum est, vt si non intersit sua amplius post moram fieri, aut factum non possit à debitore impleri, hoc non cedat damno creditoris. Itaque adhuc liberum erit creditori vel debitorem ad factum urgere, si in ejus potestate est implementum, vel post moram interesse petere, si hoc creditor maluerit sibi præstari. Quod apertè ostendit *l. stipulatio 21. §. penult. ff. de no. op. nunc.* Vbi dicitur, quòd si is qui nouum opus fecit, condemnatus est ad opus cœptum destruendum, esse in electione actoris, vtrum præcisè conueniat reum ad factum, hoc est, ad restitutionem vel demolitionem operis, an verò ad interesse præstandum. Idem probat *l. sed & hæ 35. §. vlt. ff. de procur.* Hæc fuit sententia *Martini veteris glossatoris & Cyni*, accuratè confirmata *à Corasio lib. 2. Misc. c. 3. & Cuiacio ad l. 2. §. item si in facto. & l. 72. ff. de V. O.* Dissentit *Godæ. ad tit. de contr. stip. cap. 9. conclus. 4. nu. 30. 31. 32. & seqq. Gomez. in var. resolut. tomo. 2. cap. 10. num. 22.* vbi tamen octo casus recenset, in quibus promissor in obligatione faciendi præcisè tenetur facere. Postremò notanda est in hoc articulo æquissima distinctio tradita *à Tobia Nonio*, *ad §. vlt. nu. vlt. Inst. de V. O.* vbi ita distinguit. Aut debitor non potest id quod promisit facere, & tunc præstando interesse liberatur, quia impossibilium nulla est obligatio *l. impossibilium. ff. de R. I.* Aut potest debitor facere id, quod promisit, & tunc creditor, si voluerit, præcisè eam ad factum cogere poterit. Si verò voluerit interesse petere, hoc ejus arbitrio relinquitur. *per d. l. stipulatio 21. §. pen. ff. de nov. op. nunc.* vbi ad hoc est *tex. expres.* dum inquit *I. C.* Si in res judicata sit, stipulatio in id committitur, vt res vel opus factum boni viri arbitrio restituatur. Quod si ita restitutum non erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dabit, si hoc creditor maluerit.

ASSER-

ASSERTIO XLII.

Ex contractu procuratoris domino non acquiritur actio, sine cessione.

TRADITVR hæc assertio *in l. possessio 49. §. vlt. ff. de acq. poss.* qui textus semper ad hoc allegatur, quòd non competat actio ex contractu procuratoris domino, nisi ei cedatur. Vtputa si procurator rem emerit ex mandato domini, & traditam accepit, re euicta, domino actio de euictione non aliter competit, quam si procurator ei cesserit actionem ex empto vel ex stipulatu, eumque fecerit procuratorem in rem suam. *l. si procuratorem 8. §. vlt. ff. Manda.* Verùm omninò cogitur procurator domino actionem cedere; cogitur inquam actione mandati, quia id exigit mandati fides.

Obijcitur *l. 1. & 2. C. Per quas perso. no. acqu.* vbi deciditur, quòd ex contractu mutui inito à procuratore nomine domini, acquiritur domino condictio certi sine cessione; & si pro mutuo pignus datum sit procuratori, acquiritur quoque domino per procuratorem actio hypothecaria sine cessione. Resp. Hoc singulari iure receptum est in pecunia credita, vtilitatis ratione, quemadmodum & multa alia singularia circa mutuam pecuniam recepta sunt, ob crebrum & necessarium vsum mutui. *l. singularia. ff. de reb. cred.*

Secundò aduersatur *l. quod procurator 68. ff. de procur. & l. Iulianus 13. §. si procurator ff. de act. emp.* in quibus traditur, quòd domino ex contractu procuratoris etiam sine cessione acquiratur actio. Resp. Ibi super rebus domini procurator contraxit, & actionem acquisiuit. Quoties autem procurator ex re domini, vel circa rem, vel super re eius contrahit, toties acquiritur domino actio sine cessione, etiam inuito procuratore. Vnde si procurator vendidit rem domini, quæritur actio ex vendito domino sine cessione, & de hoc est casus *in d. l. Iulianus. §. si procurator.* Similiter si res domini deposita vel commodata sit per procuratorem, pactusque sit procurator domino eandem rem restitui, dabitur ex æquitate domino vtilis actio depositi vel commodati sine cessione. *l. penul. C. Ad exhib. l. Publia 26. ff. depos.* Ita tradunt *Bart. Castren. in d. l possessio. §. fin.* Illud tanquam singulare benè est notandum, quod si aliter dominus rem suam seruare non possit, tunc etiam ex contractu procuratoris domino detur actio exemplo institoris. *l. 2. §. de inst. act.* vbi dicitur debere domino qui institorem præposuit alicui nego-

tiationi dari actionem, contra eos qui cum institore contraxerunt, si modò aliter rem suam servare non potest. *l. in omnibus 5. ff. de prætor. stipul.* cui coniungenda est *l. damni 18. §. vlt. ff. de dam. inf.* Ita notat eleganter *Cuiatius* I C^torum^ *nostri temporis princeps & coryphæus ad l. si procurator 79. ff. de verb. obl.*

ASSERTIO XLIII.

Stipulatio sine verbis inter præsentes prolatis, contrahi non potest, & per epistolam non rectè contrahitur.

AD substantiam & solennitatem stipulationis verba sunt necessaria. Siipulatio enim contrahi non potest nisi vtroque loquente, & altero alterum exaudiente & intelligente. *l. 1. in princ. & §. vlt. ff. de V. O.* Hinc stipulatio definitur verborum conceptio, quibus is qui interrogatur, daturum facturúmve se id quod interrogatus est, respondet. *l. 5. ff. eo.* id est, Stipulatio nihil aliud est, quàm verborum conceptio, quæ ex interrogatione & responsione constat. Indéque est, quòd inter absentes stipulatio neque per literas, neque per nuncium contrahi potest. *§. Item verborum. Inst. de inut. stipul.*

Obijcitur *l. ea quæ 57. ff. de dona. int. vi. & vx.* vbi vtiliter per epistolam stipulatio contracta inter coniuges censetur. Resp. quòd inter absentes contrahi stipulatio per epistolam non potest, sed legitimè inter præsentes contracta stipulatio, literis veluti cautionibus mandari potest. *l. Titia 134. §. penult. ff. de verb. obl.* Itaque stipulatio fuit ibi prius inter præsentes contracta, sed postea in epistolam collata est, vt facilius per scripturam probaretur. *l. Publia 26. §. vlt. ff. depos. Bart. & Zaz. in d. l. 1.*

Secundò obijcitur *l. obligamur 52. §. vlt. ff. de obl. & act.* vbi dicitur, quod etiam nudus consensus sufficit ad obligationem, licet verbis explicari possit. Resp. Illic agitur de obligationibus quæ consensu constant, quæ nullam propietatem, id est, verborum necessitatem, vel solennitatem desiderant. *l. 2. ff. de obligation. & act.*

Tertiò obijcitur *l. 1. in princ. C. de rei vxo. act.* vbi Iustinianus fingit intercessisse stipulationem dotis, licèt nulla verborum conceptio interuenerit. Resp. Iustinianus non ait stipulationem absque verbis fieri in hoc casu, sed sicut fingit interuenisse stipulationem, ita fingit intercessisse verba, ad stipulationem necessaria, quia fictio altera sine altera non potest consistere.

Quartò.

Quartò aduersatur *l.4.§.vlt.ff.de fideiuſ. tuto.* vbi qui à tutore paſſus eſt ſe nominari fideiuſſorem, & nomen ſuum referri in acta publica, obligatur ex fideiuſſione, licet aliàs fideiuſſor non obligetur, niſi interuenerit ſtipulatio. Reſp. Lex propter vtilitatem pupillorum fingit interceſſiſſe ſtipulationem, licet verborum ſolennitas non interuenerit.

ASSERTIO XLIV.

Stipulatio non valet, collata in arbitrium promiſſoris.

STIPVLATIO quæ confertur in arbitrium promiſſoris, hoc modo, Dàbis ſi volueris; non valet, quia nulla neceſſitate adſtringit promittentem. *l.ſtipulatio 17.l.à Titio 108.ff.de V.O.l.ſub hac 8.ff. de obl.& act. l. in vendentis 13.C.de obl. & act.*

Sed obijcitur *l.centeſimis 46. §.vlt.ff.eo.* vbi dicitur, quòd valeat hæc ſtipulatio, ſi quis promiſerit ſe daturum, cùm voluerit. Reſp. Diuerſa ſunt hæc, non contraria. Nam in hac ſtipulatione, dabis ſi volueris, ponitur in arbitrio debitoris an debeat, in illa, cùm volueris, quando debeat. Atqui quando debeat, rectè confertur in arbitrium debitoris; an debeat, non item. *l.7.ff. de contr. emp.* Hæc autem ſtipulatio, cùm volueris, dabis; effectum habet, ſi promiſſor viuus dixerit ſe velle dare, etiamſi eo non dato deceſſerit. *d.l. centeſimis 46. §.vlt.* Quòd ſi antequam conſtituerit ſe velle, promiſſor deceſſerit, heres eius non tenetur dare: quia voluntas ad heredem non tranſit, ſed cum ipſo promiſſore interit & extinguitur. *l.4. ff.loca.* vbi dicitur, quod voluntas hominis morte finitur, & vt dicitur *in §.deinceps.No.de nupt.* mors omnia ſolvit.

Verùm huic ſententiæ iterum aduerſatur *l.x1.§.ſic fideicommiſſum; de leg.3.* vbi dicitur, quòd ſi legatum relictum ſit ſub ea conditione, cùm heres voluerit, ſi ante mortem non declarauerit heres voluntatem ſuam, tunc ab herede heredis legatum debetur. Idem traditur *in l.vxorem 41. §.pen.ff. de leg.2.* vbi dicitur, ſi heres reſtituere ſit rogatus hereditatem cum volet, ſi non reſtituit hereditatem in vita, tunc heres eius poſt mortem reſtituere hereditatem cogetur. Reſp. Differunt hac in re vltimæ voluntates à contractibus Nam legatum relictum ſub ea conditione, cùm voluerit heres, debetur, licet heres ante mortem ſuam non declarauerit voluntatem ſuam, velit nec ne. Sed in contractibus, quod promiſſum eſt ſub hac conditione, cùm quis voluerit, non debetur mortuo promiſſore, antequam

constituat se velle. Ratio diuersitatis est, quia latior fit interpretatio vltimæ voluntatis testatoris, quàm contrahentium, ne vltima iudicia defunctorum reddantur elusoria. *l. in testamentis 12. ff. de reg. iur.* In contractibus verò, præsertim stricti iuris, strictè proceditur. *l. quicquid astringendæ. 99. ff. de solut.* Ita rectè post *Bartolum in d. l. centesimis. §. vlt. tradit Ioan. Robertus lib. 2. senten. c. 12.* A quo dissentit *Cuiac. in d. l. 17. ff. de V. O. Roberti ordinarius antagonista.*

Tertiò pugnat cum hac decisione, quòd valet emtio, quæ confertur in arbitrium debitoris, hoc modo, si Stichus tibi intra certum tempus placuerit, esto tibi emtus aureis tot. *§. pen. Inst. de emp. & vend.* Resp. Ideò valet hæc emtio, quia non purè & absolutè in arbitrium debitoris seu emtoris, sed sub conditione, si videlicet emtor intra certum tempus consensum suum declarauerit. Ideoque propter adiectionem certi temporis valida est emtio, quia non habet perpetuam causam nullitatis. Postremò notandum quod hæc assertio non procedat favore dotis. Nam si aliquis promisit dare dotem pro arbitrio suo, tenetur ad dotem dandam pro arbitrio boni viri. *l. si cum ea 3. C. de dot. promis.*

Quartò obijcitur *l. in personam 23. §. generaliter. de R. I.* vbi dicitur, vbicunque in bonæ fidei iudicijs committitur conditio in arbitrium domini vel procuratoris, pro boni viri arbitrio hoc esse accipiendum. Resp. Hoc intelligendum est, si accidentalia contractus conferantur in arbitrium contrahentium, quod fieri potest & tunc viri boni arbitrium comprehensum esse censetur. *l. hæc venditio 7. ff. de cont. empt.* substantialia autem contractus non possunt conferri in arbitrium contrahentium.

ASSERTIO XLV.

Inutilis stipulatio vim pacti non habet.

INVTILIS stipulatio neque pacti, neque constitutæ pecuniæ vim habet. Vnde si quis stipulanti adnuat, ne quidem naturaliter obligatur quasi ex pacto & consensu. *l. 1. §. si quis ita. de V. O.* Vtriusque eadem est ratio, quia cùm annuens voluerit stipulationem contrahere, non animo constituendi aut paciscendi, sed promittendi annuisse videtur. sed stipulatio sine verbis, hoc est, sine interrogatione & responsione congrua contrahi non potest. *d. l. 1. in princ.*

Obstat vulgata iuris regula, quæ habet, Si non valet, quod ago, vt ago, valeat saltem vt valere potest. *l. si tam angusti 13. ff. de seruit.* Itaque cùm in annuente sit consensus, etiam is qui interroganti annuit, ex pacto obligatur.

atur. Resp. Lex hîc præsumit deesse consensum, quia constat contrahentes habuisse animum stipulandi: quemadmodum in simili respondit *Vlpia. in l. 1. ff. de iu. cod.* eius codicillos non valere, qui cùm se testamentum facere opinatus est, codicillos fecit.

Secundò obijcitur *l. an inutilis. ff. de accept. & l. si vnus. §. pen. ff. de pact.* vbi dicitur, inutilem acceptilationem habere in se vtile pactum, & consequenter naturalem liberationem, nisi contra sensum est, id est, nisi accepto latum est sine paciscendi animo. Ergo præsumi volunt illæ leges animum paciscendi, nisi contrarium probetur. Igitur & in inutili stipulatione præsumetur animus paciscendi, & consequenter naturalis obligatio. Resp. Aliud obtinet in acceptilatione, quàm stipulatione. Inutili acceptilationi inest pactum liberatorium, sed inutili stipulationi non inest pactum obligatorium. Ratio differentiæ est, quia proniora sunt iura ad liberandum, quàm ad obligandum. *l. Arrianus. ff. de obl. & act.* Itaque facilius præsumit lex pactum liberatorium inesse acceptilationi, quàm pactum obligatorium inesse inutili stipulationi. Ita tradunt *Alciatus, Duarenus, Baro, Ferrettus,* & *Cuiacius ad d. l. 1. §. si quis ita. ff. de verb. oblig.*

ASSERTIO XLVI.

Notarij, alijs stipulari, ijsque actionem acquirere non possunt, contra communem DD. opinionem.

COMMVNIS est DD. sententia, quòd Notarij publici stipulando ciuibus quibuslibet absentibus & præsentibus, obligationem acquirere possunt. Ita notat *Guido Pap. decis. 49. & 222.* vbi hanc sententiam à Concilio Gratianopolitano comprobatam fuisse refert. Quæ quidem DD. opinio passim consuetudine obseruatur, sed tamen iure & legibus defendi non potest.

Confirmant autem DD. suam opinionem hoc argumento, quòd serui publici alijs iure possunt stipulari, ijsque stipulando actionem acquirere: vt patet *ex l. 2. & 3. ff. Rem pup. sal. l. 1. §. exigere. ff. de mag. conu. l. non aliter. ff. de adopt.* Atqui Notarij seu tabelliones nostri temporis comparantur seruis publicis. Ergo & alijs possunt stipulando acquirere. Resp. ad propositionem, quòd hoc in pupillorum causa tantùm specialiter receptum est, vt seruus publicus adhibeatur ad stipulandum pupillo, idque in duobus tantum casibus. Primò cùm magistratus pupilli nomine satisdationem exigere

gere cogitur à tutore, rem pupilli salvam fore. *d.l.2. & d.l.1. §. exigere.* S.
cùndò cùm pupillus adrogatur: tunc enim & seruus publicus stipulat
nomine pupilli ab adrogatore, se bona restituturum illis, ad quos per-
nerent, si adrogatio facta non esset. *d.l.non aliter.* Præterea falsum est, quò
in assumtione ponitur, quòd Notarij seruis publicis comparantur; qu
moribus nostris tabularios liberos esse constat: imò non alij ad hoc mun
ex constitutionibus admittuntur, quam liberi homines. *l.3. C. de tabu.*
lib.10. Denique officium Notariorum est, vt res gestas à contrahentib
literis & instrumentis mandent, non verò vt alijs contrahant, ijsque acti-
nem acquirant. Hæc egregiè contra communem D D. opinionem disp-
tat & defendit *Donel. ad l.38 §.alteri. num.31.32. & 33. de V.O.* Illa porrò co-
cors est D D. sententia, quòd pijs locis puta Xenodochijs, ecclesijs, orph-
notrophijs, & pauperibus quilibet possit stipulari etiam verbis directis,
ipsis etiam absentibus. *Bald. in l.illud.1. colum. C de SS. eccl. Iason in d. §. alt.*
vers. Sextò limita. Eaque sententia nititur & fundatur iusta ratione; na
fauore dotis tanquam piæ causæ receptum est, vt quis stipulari possit d-
tem reddi extraneo. *l.Gaius 45. ff. Sol. matr.* Ergò multò magis debet h
admitti in pauperibus, & alijs pijs locis, quæ plus habent fauoris. *Zaz.*
d. §.alteri. num.23.

ASSERTIO XLVI.

Promissio tam in dando, quàm faciendo consistens, transit ad hæredes.

QVANDO quis promisit se aliquid daturum vel facturum, tunc act
ex stipulatu non solùm datur contra promissorem, sed etiam tran
ad eius heredes. *l.2. §.1. & l.in executione 85. §.1. ff. de V.O.* Atque ha
in stipulationibus dandi sine omni dubitatione procedunt. Sed illud du
bitationem habet, an promissio in faciendo consistens ad heredes pro
mittentis transeat. Et Iustinianus *in l.vlt. C. de contr. stip.* constituit, vt stipu
lationes faciendi etiam ad heredes promissoris transeant. Vtputa si qu
promittit se insulam, cùm morietur, ædificaturum: hoc enim factum a
herede promissoris impleri debet.

Obijcitur *l.centesimis 46. §.1. ff. de V.O.* vbi dicitur, id quod in facto con
sistit, inutiliter in tempus mortis conferri; veluti si quis promittit se Ale
xandriam iturum, cùm morietur. Distinguendum. Aut factum tale pro
mittitur, quod opus aliquod post se relinquit, puta si quis promittat s

domun

omum ædificaturum; hæc promissio ab herede promissoris impleri debet. *d.l.vlt.* Hæc enim promissio opus aliquod post se relinquit; quambrem quis faciat, nihil interest, dummodò opus fiat, *l. vnica. §. Ne autem. C. de cadu. toll.* Aut factum tale est, quod nullum opus post se relinquit, & hoc ab herede nequit expleri. Veluti si quis promittat se Alexandriam iturum. *d. §. Ne autem.* Vnde & talis facti stipulatio post mortem promissoris non rectè confertur. *d. l.46. §.1. Cuiac. ad l.45. ff. de V.O.*

ASSERTIO XLVIII.

Stipulatio conditionalis est, Si petiero, decem dabis?

HÆc stipulatio, Decem cùm petiero dabis? admonitionem magis quàm conditionem significat, vt promissor ea decem soluat sine mora. Ideoque si stipulator decesserit, antequam decem petat, ad heredes petitio transmittitur. *l. si decem 48. ff. de V.O.* Similiter legatum ita relictum, Cùm legatarius petierit, conditionem nullam habet, sed admonitionem. *l. Titia 85. ff. de cond. & dem.* Quòd si hæc verba, Cùm petiero, haberent conditionem, tunc stipulatore mortuo priusquam peteret decem, heredibus eius nihil deberetur, ac si conditio iuncta personæ defecisset. Nam conditiones quæ continent factum cohærens personæ, vt sunt petere, velle, ire, venire, ad heredes non transeunt. *l.3. §. fin. ff. Quib. mod. vsusf. amit.* Itaque si defunctus talia facta non impleuit, ab herede eius perfici non possunt. *l. qui heredi 44. l. si ita expressum 69. ff. de cond. & dem. l. si ita legatum 65. §.1. ff. de leg.1.*

Aliud dicendum est in ista stipulatione, decem si petiero, dare spondes? Hanc enim conditionalem esse stipulationem rectè notant *Accur. Bart. Castr. Alex. Donel. & alij in d. l. si decem.* frustra repugnante *Cuiacio* ibidem. Ista enim verba, Si petiero, propriè & principaliter conditionem designant. *l. si Titius 9. ff. de verb. obl.*

Sed obijcitur, quòd tam particula SI, quàm CVM, reddant actum conditionalem. *per l.38. §. inter incertam. ff. de V.O. & l. qui promisit 48. ff. de cond. inde.* Ergo vtraque stipulatio, cùm petiero, & si petiero, conditionalis est. Resp. Hoc verum est in conditionibus, quæ extra naturam actus assumuntur. Sic perinde est, siue quis promittat, si Titius, vel cùm Titius Consul factus fuerit, vel si venero, aut cùm venero ad talem locum. Aliud verò dicendum est in conditionibus, quæ ex natura actus tacitè insunt. In illis enim particula CVM, vt *cùm petiero*, non importat conditionem. Vnde stipulatore mortuo antequam petat, tamen heredes petere possunt. Si verò dicas, si

petiero, conditionalis ſit ſtipulatio. Ideoque conditione non impleta à ſtipulatore, nihil debetur eius heredibus, quia facultas implendi conditionem poteſtatiuam non tranſit ad heredes. *tex. in l.à teſtatore 109.ff.de cond. & dem. l.centeſimis 46.§.fi.ff. de V.O. Caſtren. & Zaz. in d.l.ſi decem.*

Secundò obijcitur, quod Vlpianus ait *in l.muto.§.ſub conditione.ff. de tutel.* hanc tutoris dationem, *Te tutorem do, ſi ſatiſdederis*, non conditionem, ſed admonitionem habere. Reſp. Quod in omnibus actibus verba ita interpretanda ſunt, vt actus potiùs valeat quàm pereat, *arg. l. quoties 80. de V.O.* Cùm autem à magiſtratu tutor conditionaliter dari non poſſit, *d. §. ſub conditione. l. actus legitimi. ff. de R.I.* hæc verba, ſi ſatiſdederit, non vt conditionalia, ſed vt admonitoria accipi debent, vt tutoris datio valeat.

ASSERTIO XLIX.

Ex pura obligatione confeſtim debitum peti poteſt.

HÆc definitio, quòd ex pura obligatione, quæ diem ad ſoluendum non habet, confeſtim agi poſſit, expreſsè traditur *in §.Omnis. Inſt. de V.O. & l.eum qui Kalendis 41.§.1. l.eum qui 56.§.qui ita ſtipulatur. ff.eo.*

Tria iuris loca huic deciſioni aduerſantur. Primò repugnat *§.vlt. Inſt. de inut.ſtip.* vbi dicitur, fundo aut ſeruo purè promiſſo, tantum temporis promiſſori concedendum eſſe, quo rem promiſſam commodè tradere poſſit. Reſp. Ideò ibi tacitè tempus conceditur debitori ad tradendũ fundum, quia tacitè ex natura ſtipulationis ineſt tempus aliquod, intra quod promiſſor fundum tradat. Nam cùm fundus tradi debeat in eo loco vbi ſitus eſt, tacitè cenſetur ineſſe tantum temporis, quo ad locum commodè perueniri poſſit, in quo fundus qui tradi debet, ſitus eſt.

Secundò in contrarium adfertur *l. quod dicimus 105. ff. de ſolut.* Vbi dicitur, quòd debitor purè obligatus non ſtatim cogendus ſit ſoluere, ſed moderatum aliquod tempus illi dandum eſt ad ſoluendum. Reſp. Statim quidem & confeſtim reus ex puro debito conueniri poteſt, quia obligatio & actio ex contractu perfecto ſtatim nata eſt; ſed tamen humanitatis cauſa breue aliquod ſpacium & laxamentum debitori datur ad ſoluendum, *l.ſi debitori 21.ff. de iudic.* quia creditor non debet ſtatim venire cum ſacco paratus. Hoc autem tempus quidam duorum menſium, *ex l.debitoribus. ff. de re.iud.* quidam tantùm decem dierum eſſe putant, *ex l.promiſſor 24. §.1.ff. de conſt.pec.* Sed tempus illud iudicis arbitrio relinqui, vt ille pro modo qualitatis perſonarum, & quantitatis pecuniarum hoc ſtatuat, rectiſſimè docuit *Menoch. de arb. iud.lib.2. cent.1. caſu 27.* Quam ſententiam probat *tex.* *elegans*

elegans in l. in fraudem. §. fiscalibus. ff. de iure fisci. Quæ ſententia probatur & hac ratione, quod quoties tempus aliquod à Lege indulgetur, nec illud in Lege determinatur, tunc hoc relinquitur arbitrio Iudicis. *l. 1. ff. de iur. delib.* Sed ei qui purè obligatus eſt, conceditur à lege tempus indeterminatum. *d. l. quod dicimus.* Ergo judicis arbitrio hoc tempus definiri & determinari debet.

Tertiò obijcitur *d. l. promiſſor. 21. §. 1. ff. de conſt. pecu.* vbi dicitur, quòd ſi quis conſtituit ſine die ſe ſoluturum, quòd decem dies habeat ad ſoluendum. Reſp. In omni conſtituto tacitè ineſt dies ex edicto Prætoris. Nam verba edicti Prætoris ita habent, Si appareat, eum qui conſtituit, neque ſoluere, neque feciſſe quod conſtitutum eſt, actionem de conſtituta pecunia dabo. *l. ſi duo 16. §. ait Prætor. ff. de conſtit. pecun.* Jam autem conſtare non poteſt, conſtituentem neque ſoluiſſe, neque feciſſe, niſi tempus aliquod prætereat, ex quo appareat debitorem non feciſſe quod conſtituit. Intelligitur ergo ex verbis edicti, modicum tempus ineſſe conſtituto, poſt quod exactio celebretur, quaſi appareat, poſt hoc tempus non feciſſe debitorem quod conſtitutum eſt. Id autem non eſt minus quàm decem dierum. *Cuiac. & Donel. ad l. 41. ff. de V. O.*

ASSERTIO L.

Conditionalis creditor etiam creditoris loco habetur.

EVIDENTER hæc deciſio probatur *in l. creditores 10. & l. conditionales 54. ff. de V. S.* vbi dicitur, creditores eſſe accipiendos, quibus purè, in diem, vel ſub conditione debetur.

Sed in hoc articulo occurrit antinomia *inter l. 6. & l. pen. ff. Ex qu. ca. in poſſ. ea. Nam in l. 6.* affirmatur, eum cui ſub conditione pecunia promiſſa eſt, mitti poſſe in poſſeſſionem bonorum debitoris. Contra *in l. pen. eo. tit.* aſſeritur, quòd creditor conditionalis in poſſeſſionem non mittitur, quia is mittitur, qui ex edicto poteſt bona vendere. Reſp. Diſtinguendum eſt, vtrum ex primo an ex ſecundo decreto in poſſeſſionem eatur. Ex primo decreto omnes omninò creditores etiam conditionales, debitorum bona poſſidere poſſunt, *d. l. 6. l. ſi filiofam. 11. eo. tit.* Nam ex hoc decreto nuda tantùm detentio & cuſtodia bonorum conceditur, & intereſt creditorum conditionalium, caueri ſibi de debito exiſtente conditione ſoluendo. Vnde & cautionem de pecunia in euentum conditionis ſoluenda impetrare poſſunt. *l. 4. ff. de ſepara.* Ex poſteriori decreto creditores conditionales non mittuntur in poſſeſſionem, quia illi ſolùm mittuntur ex ſecundo decreto, qui bona vendere poſſunt. *d. l. pen.*

Secundò aduersatur *l. is cui 42. de O. & A.* vbi dicitur, quòd is cui legatum est sub conditione, ante existentem conditionem creditor non censetur. Resp. Quod dicitur conditionalem creditorem loco creditoris censeri, hoc verum est de eo cui debetur sub conditione ex contractu, non de legatario conditionali. Nam legatarius conditionalis non habetur pro creditore. Ratio est, quia in stipulationibus alijsque contractibus spectatur tempus contractus, ideoque etsi sint conditionales, tamen assumunt vires à tempore contractus. *l. si filiusfam. 78. ff. de V. O. l. vsusfructus. ff. de stip. seru.* In legatis verò tantùm spectatur tempus extantis conditionis. Vnde hæc existit differentia inter legata conditionalia & stipulationes conditionales, quòd stipulatio conditionalis per se statim consistit, & ab initio contractus substantiam accipit, & ob id in heredem transmittitur, etiamsi stipulator vel promissor moriantur ante euentum conditionis. *§. ex conditionale. Inst. de V. O.* Legata verò conditionalia à tempore existentis conditionis demum vires & substantiam capiunt. Ideoque legatum conditionale non transmittitur in heredem legatarij, mortuo ante existentem conditionem legatario, quia ante euentum conditionis nullas habet vires, *l. vnic. §. sin autem aliquid. C. de cadu. toll.*

ASSERTIO LI.

Duo rei tenentur in solidum, etiam nouo iure Authenticorum.

QUANDO duo vel plures Rei promittendi constituti sunt, huius obligationis hic est effectus, vt singuli solidum debeant, & seorsim à singulis solidum peti & exigi possit, etiamsi omnes præsentes & idonei sint. Ea enim est vis & potestas obligationis duorum reorum debendi, *l. 3. §. ult. l. eandem. §. vlt. ff. de duo. reis.* Verùm communiter DD. tradunt, hunc effectum obligationis duorum reorum promittendi hodie mutatum esse per Nouellas constitutiones, scilicet *Auth. hoc ita. C. de duob. reis. & No. 199.* In quibus deciditur, quòd hodie duo correi debendi pro virilibus portionibus tantùm conueniri debeant, non in solidum, nisi alter aut absens sit tempore judicij accepti, aut inops, aut renuntiatum sit beneficio nouæ constitutionis. Ita communiter intelligunt *DD. d. Auth. Ferra. Cantiuncula, Baro, Linius & Mins. ad tit. Inst. de duo. reis.*

Verùm ab hac sententia recedunt Accur. & Cuiac. qui putant idem hodie obtinere, quod olim, & plures reos debendi etiam hodie in solidum conueniri

conueniri posse statuunt. Quorum sententia verior est, & juri magis consona. Non enim *Nouel.* 99. abrogat, quòd duo rei in solidum exigi & conueniri possint, nam *d. No.* tractat tantùm de reis, qui vice mutua fidejusserunt. Ita inscriptio Nouellæ habet περὶ ἀλληλεγγύων, id est, de duobus reis, qui vice mutua fideiussores accepti sunt. Sententia ejus Nouellæ hæc est. Duo rei promittendi constituti sunt, ita vt singuli in solidum tenerentur, ac adiectum est, vt vice mutua fideiussores existerent, seu vt alter pro altero fideiuberet (non videntur autem vice mutua fideiussisse, nisi id nominatim actum sit. *l. reos. ff. de duob. reis.*) Hoc casu Iustinianus constituit, vt si omnes sint soluendo, & præsentes tempore judicij accepti, seu litis contestatæ, habeant beneficinm diuisionis, hoc est, vt quilibet obligetur pro portione virili, non in solidum. Ergo si simpliciter sine fideiussione mutua duo rei debendi constituti sunt, quilibet in solidum conueniri potest, nec reus conuentus beneficium diuisionis allegare potest, quod beneficium non datur reis seu principalibus debitoribus, sed fideiussoribus. Beneficium diuisionis, quod Hadrianus dederat mandatoribus & confideiussoribus, idem Iustinianus reis constitutæ pecuniæ indulget. *l. vlt. C. de const. pec.* Nunc in ea Nouella idem concedit reis promittendi, qui vice mutua fideiubent, non verò reis debendi, qui simpliciter & absolutè sine adiectione mutuæ fideiussionis sunt constituti. Ita *Cuiac.* explicat hæc *in notis ad Inst. ad tit. de duo. reis, & No.* 99. Apptobat *Costal. ad l. vir vxori* 17. *ff. ad SC. Vell.*

ASSERTIO LII.

Vno ex duobus correis debendi pro parte conuento, vel soluente, idem pro alia parte nihilominus exigi potest.

SI pars debiti ab vno ex correis debendi petita & soluta sit, nihilominus ab eodem residua pars debiti peti & exigi potest. Neque enim petitio aut receptio partis debiti, in duobus correis debendi, præiudicat creditori, quin alteram partem ab eodem vel alterutro petat aut recipiat. tex. est *in l. si ex toto* 8. §. 1. *de leg.* 1. vbi hoc de duobus heredibus eiusdem pecuniæ reis, ex quibus vnus partem soluit legatario, disertè scriptum extat. Quod eodem modo in alijs quoque correis, qui ex contractu quid debent, obtinet, cùm eadem vtrobique militet ratio. *l. Reos. C. de fideius.* Idem quoque in pluribus fideiussoribus decisum est, vt si ab vno ex eis pars sit petita & accepta, propterea non censeatur diuisa obligatio,

ſed poſſit nihilominus ab eodem pars altera peti, ſi confideiuſſor non ſit ſoluendo. *l. inter eos 51. §. 1. ff. de fideiuſ.*

Huic tamen aſſertioni valdè aduerſatur. *l. ſi creditores. C. de pact.* vbi vnus ex pluribus reis debendi partem ſoluens pro ſua perſona, non poterit pro altera parte conueniri. Reſp. Ibi admiſit creditor vnum ex correis pro parte ſua ſoluentem, id eſt, accepit partem ea mente, ne quid ab eo præterea peteret, hoc enim ſignificat admittere pro parte. *arg. l. ſi ſtipulatus 15. §. vlt. ff. de fideiuſ.* Regulatiter ergo vno ex duobus reis debendi ſoluente pro parte, poteſt creditor ad eundem reuerti pro altera parte, niſi creditor eo animo accepit, ne quicquam ab eo amplius poſtea peteret. Quod tunc videtur feciſſe, ſi dixit, Peto à te quinque, pro parte quæ te contingit. Vel ſi vnus reorum debendi ſoluit ſponte partem, & dixit, Soluo pro parte mea, tunc enim creditori alteram partem ab eo poſtea petenti obſtabit exceptio pacti. *d. l. creditores. Caſtren. ad d. l. ſi ex toto 8. §. 1.*

Secundò obijcitur *l. liberum. C. de fideiuſ.* vbi dicitur, quòd ſi creditor egit contra plures fideiuſſores vel correos debendi pro parte, ſi vnus non ſit ſoluendo, non habet regreſſum contra alios. Reſp. Ibi creditor omnes correos vel fideiuſſores ſimul conuenit, quemlibet videlicet pro parte, quo caſu cenſetur actionem diuiſiſſe. Ideoque ſi fortè vnus ex ijs non ſit ſoluendo, non poterit alterum pro ea parte conuenire, quia ſemel actionem diuiſit. ſed *in d. l. 8. §. 1. item in d. l. reos*, vnum tantùm reum vel fideiuſſorem conuenit pro parte, vnde non cenſetur actionem diuiſiſſe. *Caſtr. d. loco.*

ASSERTIO LIII.

Fideiuſſor qui in maiorem ſummam fideiuſſit, ſaltem in eam quam principalis debet, tenetur.

VETVS & ardua quæſtio eſt, An quoties plus eſt in fideiuſſoria obligatione, quàm principali, in totum corruat fideiuſſio, an vero valeat ad ſummam vſque concurrentem. Verbi gratia, ſi reus quinque debeat, & fideiuſſor ſit acceptus in decem, an in quinque obligetur. Et communis eſt DD. ſententia, quòd in totum ſit inutilis fideiuſſio; quæ tamen opinio erronea eſt & falſa: cùm in eam ſummam quam principalis debet, fideiuſſor vtique conſenſerit, quia in maiori ſumma ineſt minor. *l. inter ſtipulantem 83. §. ſi ſtipulante. l. ſi ita 110. ff. de ver. obl.* vbi dicitur, quòd in ſtipulationibus ſummarum vel quantitatum, ſemper id quod minus eſt, ſponderi

ſponderi videtur. Vnde & in ſtipulationibus, qui decem interrogatus, viginti promittit, in decem tamen obligatur. *l.1. §.ſi ſtipulanti. vbi Duare. ff. de verb. obl.* Probant etiam hanc ſententiam. *Alcia. lib. 5. Parerg. c. 17. Guilhelmus Forner. lib.3. ſelection. c.17. Azo in ſumma C. de fideiuſ. nu.7. Cynus & Albericus In l.vlt. C. de fideiuſ. Decius, & ad eum Carolus Molin. in l. in eo quod plus. nu.13. ff. de reg. iur.*

Sed obijcitur *l. Græcè. §. illud. ff. de fideiuſ. & §. fideiuſſores. Inſt. eo.* vbi dicitur, quòd fideiuſſor non poſſit obligari in duriorem cauſam, quàm principalis. Reſp. quòd illarum legum hæc eſt ſententia, ne fideiuſſor teneatur in id, quod excedit ſua obligatio principalis debitoris obligationem. Nec quicquam obſtat *d. §. illud*: cùm eius textus verba ita legenda ſunt, *placuit eos non omninò obligari*: non enim omnino & in totam ſummam, in quàm fideiuſſit, nos fideiuſſorem obligatum dicimus, ſed eo fine & modo tantùm, quo principalis obſtringitur. Senſus itaque iſtorum verborum eſt, quòd fideiuſſor in duriorem cauſam acceptus, obligatur quidem, ſed non in maiorem ſummam, quàm debitor principalis. *Gilber. Regius lib.2. ἐναντιοφανῶν. c.20.* Eandem ſententiam luculenter comprobant *l. hactenus in fi. ff. de conſt. pecu. & l. rogatus. ff. Manda. l. ſi vltra 22. C. de fideiuſ.* Approbat & defendit hanc opinionem quoque *Petrus de Bella Pert. in d. §. illud*, vbi pulchrè notat, quando illud quod eſt in fideiuſſoria obligatione, reperitur quoque in principali, tunc fideiuſſor obligatur. Vtputa fideiuſſor ſe obliget in viginti, cùm principalis debitor ad decem tantùm eſſet obligatus, tenebitur fideiuſſor in decem, quia in viginti inſunt decem. *arg. l.1. §. ſi ſtipulanti. ff. de V.O.* Illud poſtremò notandum eſt, quòd ſi quis ſcienter fideiubeat in maiori ſumma, quàm debitor principalis ſit obſtrictus, donare videtur, & in ſolidum tenetur. *per l. Campanus. ff. de op. liber. Notat Petr. Iaco. in pract. in for. libel. ff. de conſt. pecu.* Diſſentit *Fachin. lib.8. contro. c.51.* vbi ſecutus *Connanum libro 6. comment. c.6.* tradit, fideiuſſorem, qui in maiorem ſummam ſe obligavit, quam quæ à Reo ſeu debitore principali debetur, in totum non teneri.

ASSER-

ASSERTIO LIV.

Fideiussoris obligatio non augetur ex mora Rei, vt ad vsuras, pœnam, aliásque accessiones teneatur.

IN hac difficili & perplexa quæstione, qua disceptatur an fideiussor ex mora Rei, teneatur ad vsuras, pœnam, aliásque accessiones, probabilior & verior sententia tali distinctione explicatur. Aut fideiussor simpliciter constitutus est, & tunc ad sortem tantùm obligatur, ad vsuras verò aliásque accessiones, quæ ex mora Rei accedunt, non tenetur. Probatur hæc decisio *per l.fideiussor 10. C. de fideius.* vbi dicitur, quòd ad hoc vt fideiussor teneatur ad vsuras, requiritur, vt nominatim in vsuras accipiatur, alioqui simpliciter acceptus, obligatur duntaxat ad sortem. Confirmatur & hoc *per l.vlt.ff.de fideius.* vbi ad pœnam in quam propter suam moram vel culpam debitor incidit, fideiussor non tenetur. Ratio est, quia cùm effectus contractus semper se referat ad tempus contractæ obligationis, *l. Rutilia. ff. de con. emp.* non videtur fideiussor simpliciter intercedens, in aliud se obligare, quàm intercessionis tempore debebatur. *l.per retentionem. & l.pignoribus. C. de vsur.* Aut fideiussor obligauit se in omnem causam actionis, vel in omne id, quod ex natura contractus debetur: & hic tenebitur in id quod interest, & in vsuras ex mora rei debitas. Hæc enim verba fideiussionis palàm ostendunt, fideiussoris mentem hanc fuisse, vt ad accessoria quoque se obligaret. *tex.rotundus in l.quæro.ff.loca. & l.initio. C.de pact.int. emp.*

Obijcitur *l.si posteaquam.ff.Rem.pup.sal.* vbi fideiussor qui pro tutore rem pupilli saluam fore cauit, tenetur in vsuras & fructus ex mora tutoris debitos. Resp. Hoc speciali fauore pupillorum indultum est contra fideiussores tutorum, vt ad omnes accessiones teneantur ex mora Rei, *l.3. & 5. ff. de fide. tut.* quemadmodum & alia multa singularia in gratiam pupillorum à legislatoribus sunt constituta. *Coras. lib.2. Misc.c.12.*

Secundò opponitur *l.2.§.vlt.ff. de adm. rer. ad ciuit.pert.* cui coniungenda est *l.fideiussores 68. §.1.ff. de fideius.* Vbi qui fideiussit pro conductore publicorum vectigalium, & simpliciter acceptus est, etiam iure in vsuras conuenitur, nisi fideiusserit in certam summam, puta in centum aureos tantùm. Dicendum est, illud ius singulare esse conductorum publicorum vectigalium, vt fideiussores conductorum vectigalium in omnem causam teneantur. Nam & in conductione vectigalium multa specialia sunt

...nt recepta, vt scilicet filijfam. non admittantur ad eam conductionem. ...*ff. ad SC. Maced.* vbi lex ait, eum videri patremfam. qui vectigalia con-...cta habet.

Tertiò obijcitur *l. si quis pro eo. §. si nummos. ff. de fideius.* vbi fideiussor qui ...o eo interuenit, qui alienos nummos mutuò accepit, obligatur, si ...ummi consumti sint: & additur ratio, quia in omnem causam fideiussis-... censetur, quæ ex numeratione nasci potest. Resp. Ibi non augetur fi-...eiussoris obligatio ex mora debitoris, vt fideiussor in aliud præter sor-...m teneatur, sed inualida obligatio roboratur respectu principalis de-...ti. Mutuum namque rei alienæ per consumtionem reconciliatur, sed ...on in alio quàm in sorte seu principali debito. *l. nam etsi* 13. *l. non omnis* 19. *...vlt. ff. de reb. cred.*

Quartò opponitur *l. quæro* 54. *ff. loca.* vbi fideiussor, qui pro condu-...ore simpliciter fideiussit, tenetur etiam ad vsuras pensionum sua die ...on solutarum. Idque ea ratione decisum est, quia oportuit eum adhi-...ere diligentiam, ne differretur solutio pensionum. Resp. Ibi fideius-...r non simpliciter intercessit, sed in omnem causam fideiussionis se ad-...rinxit, hic tenetur ad vsuras, & fructus, & omnem causam quæ ex obli-...atione manare potest.

Quintò obijcitur *l. 2. §. vlt. & l. seq. ff. Qui satis. cog.* vbi in fideiussorem, ...ui aliquem judicio sisti promisit, tantij quanti ea res est, actio datur. ...esp. Ideò fideiussor datus pro alio in judicio sistendo, tenetur ad id ...uod interest, quia actio super qua reus principalis conueniebatur, ori-...naliter ad id competebat. Ad id enim tempus, quo primùm fideiussor ...abatur, respiciendum est. Tunc enim ab origine actione proposita com-...rehensum fuerat, vt si reus non sisteretur, fideiussor ad ea teneretur, ad ...uæ actio à principio competebat. Vltra verò fideiussor non est conue-...iendus. *l. vlt. C. de fideius.*

Sextò obiicitur, quod simplex & indefinita oratio æquipollet vniuer-...li. *l. si pluribus* 44. *de leg.* 2. *l. si plures* 98. *de leg.* 3. Ergo sicut fideiussor qui in ...mnem causam accessit, tenetur ad vsuras ex mora Rei, ita & fideiussor ...mpliciter acceptus ex mora debitoris ad vsuras, & reliquas accessiones ...nebitur. Resp. Non est hoc perpetuum. Illi enim regulæ quod indefinita ...atio æquiualet vniuersali locus est, si ex re subiecta, ex circumstantiis, ... vsu loquendi ea mens appareat: alias secus, quia hæc regula non ne-...essariò, sed contingenter vera est. Neque etiam huic regulæ locus est in ...diosis & pœnalibus, sed in fauorabilibus tantum *l. si quis ita* 6. *§. 1. ff. de ...te. l. 2. ff. de lib. & posth. l. si ita relictum* 43. *de leg.* 2.

Septimò opponitur *l. amissi. §. fideiussores. ff. de fideius.* vbi fideiussores à colono dati etiam ob pecuniam dotis prædiorum tenentur, cum tamen ea locatis prædijs accessionis vice cedant. Resp. Ab initio contractus dotes prædiorum ex natura rei locatæ in obligationem deductæ intelliguntur. Vnde ad eas tenetur fideiussor. Dotes prædiorum sunt accessiones fundi ad culturam agri pertinentes, vt sunt instrumenta rustica, aratra, rastra, vomeres, ligones, ferramenta. *l. 2. de instr. & instruc. leg.*

Vltimò obstat *l. 1. §. bellissime ff. Vt lega. no. cau.* vbi dicitur, si heres satisdedit legatorum nomine, quòd ista satisdatio incrementum accipiat ex mora rei, ad fructus, & vsuras legatorum. Resp. Hoc fit ideò quia hæc est prætoria stipulatio. *l. 1. ff. de præt. stip.* Atqui in stipulatiouibus prætoriis & judicialibus obtinet, vt etiam omnes rei accessiones in futurum comprehendant. *arg. l. si stipulatus 76. §. 1. in verb. non ut in iudicijs etiam futurum. & ibi Donel. ff. de V. O.* Vide latius *Godæum in tract. de contr. stip. c. xi. concl. 10.* qui nostræ sententiæ adstipulatur.

ASSERTIO LV.

Fideiussor cuilibet obligationi accedit, etiam naturali tantùm.

OMNI obligationi fideiussor accedere potest, & non solùm naturali & ciuili obligationi simul, sed etiam naturali, vel ciuili tantùm: *l. 1. ff. de fideius. §. 1. Inst. eo.* Vnde qui pro pupillo sine tutoris auctoritate naturaliter obligato fideiubet, non solùm naturaliter, sed & ciuiliter obligatur, *l. Marcellus 25. l. 2. l. fideiussor 16. §. fideiussor. ff. de fideius. l. si pupillus 227. ff. de V. O.*

Sed *d. l. Marcellus*, grauiter obstat *l. is cui. 6. ff. de V. O.* vbi dicitur, quòd pro furioso & prodigo non interueniat vtiliter fideiussor: cuius contrarium *in d. l. Marcellus* affirmatur. Respondet *Cuiac. ad d. l. 6.* rectè sub distinctione. Aut fideiussor intercessit pro furioso vel prodigo iure obligato, vtputa ex quasi contractu vel delicto obligato: quibus casibus iure obligantur, & tunc fideiussor efficaciter quoque tenetur. *l. furiosus 46. ff. de obl. & act.* Aut fideiussor intercessit pro furioso vel prodigo jure non obligato, vtputa quando stipulanti sine auctoritate curatoris promiserunt, & tunc fideiussor nec pro iis adstringitur. Eaque distinctio comprobatur *in l. si à reo. 70. §. si à furioso. ff. de fideius.* Quoties verò fideiussor pro debitore naturaliter tantùm obligato, vtputa pro pupillo sine tutoris auctoritate promit-

romittente intercedit, efficaciter poteſt conueniri, quamuis principalis ebitor actione pulſari non poſſit. *l. vbicunque 61. ff. de fideiuſ. d. l. ſi pupilus.*

Secundò obſtat huic deciſioni, quòd dicitur, fideiuſſorem non poſſe bligari in duriorem cauſam quàm reum principalem. *l. Græcè. §. illud. ff. de deiuſſ.* Reſp. Hoc ita intelligendum eſt, quòd fideiuſſor non poſſit in plus eneri, quàm eſt in principali obligatione; poteſt tamen arctiori & efficaiori obligationis vinculo deuinciri; itaque non conſtituitur hîc durior auſa fideiuſſoris, ſed firmior, & efficacior.

Tertiò obiicitur *l. ſi quis poſteaquam. 37. ff. de fideiuſ.* vbi dicitur, ſi debitor præſcriptione liberatus ſit, fideiuſſor etiam non tenetur, cum tamen maneat naturalis obligatio poſt præſcriptionem: debitor enim tempore liberatus etiam poſt tempus debitor manet. *l. atqui natura 19. in princ. ff. de neg. geſt.* Reſp. Licet ſuperſit naturalis obligatio poſt præſcriptionem, tamen ea manet ſine effectu. *l. vlt. §. vlt. ff. rem rat. hab. l. ſicut. l. omnes. C. de præſc. 30. an.* vbi dicitur, quod qui præſcriptione 30. annorum nititur, pleniſſima ſecuritate gaudet.

Quartò opponitur *l. qui contra x 1. ff. de fideiuſ.* vbi pro filiofam. qui mutuum accepit, fideiuſſor acceptus non obligatur, cum tamen filiusfam. naturaliter obligetur. Reſp. Ideò fideiuſſor non tenetur, quia filiusfam. pro quo interceſſit, mortuus eſt, & ſic extincta eſt naturalis obligatio, cum nullus ſit ei heres jure iſto, tantum pater eius peculiotenus obligabitur. Ideóque mortuo filio, pro illa naturali obligatione, filii nullus fideiuſſor accipi poteſt, pro illa verò obligatione, quæ aduerſus patrem competit, fideiuſſor interuenire poteſt *l. creditorem 18. ff. ad S C. Maced.*

ASSERTIO LVI.

Exceptiones quæ Reo competunt, etiam fideiuſſori conceduntur.

HÆc enuncietio apertè & diſertis verbis traditur *in l. omnes 19. ff. de excep. & l. defenſiones 11. C. eo l. ex perſona 32. ff. de fideiuſ.* Quæ tamen aſſertio tali diſtinctione temperatur, quòd aut ſunt exceptiones quæ perſonæ cohærent, & ex perſonali beneficio vel priuilegio reo competunt, & hæ non tranſeunt ad fideiuſſores. Aut verò propter rei negotijque naturam dantur; & hæ fideiuſſoribus quoque competunt. *l. exceptiones 7. ff. de excep. §. vlt. Inſt. de replicat. l. Vbicunq; 60. ff. de fideiuſ.*

Sed obstat vehementer huic assertioni *l.1.C. de fideius.* vbi dicitur, quod Reo liberato, vt quia adempta parte bonorum exulare iussus est, nihilominus tenentur fideiussores. Resp. Reus principalis ibi non est liberatus. Cùm enim bona eius propter delictum sunt publicata, fiscus in illius locum, veluti heres succedit, qui pro ea parte, pro qua bona publicantur, loco principalis debitoris adhuc debere intelligitur. *l. 2. C. Ad L. Iul. de v. publ. vel priv.*

Verùm *d. l. 1æ graviter aduersatur l. 4. ff. Qui satis. cog. & l. sed etsi 4. Si quis cautio.* vbi condemnato capitis reo seu debitore principali, qui se iudicio sisti promiserat datis fideiussoribus, etiam fideiussoribus rei condemnati contra obligationem iudicio sisti datur exceptio. Resp. *d. l. 1.* loquitur, quando fideiussor pro principali debito, seu iudicato soluendo fideiussit, tunc enim debitore deportato nihilominus tenentur fideiussores. Aliud obtinet, quando fideiussor tantùm promisit de debitore exhibendo & sistendo in iudicio, tunc enim exceptio competens Reo propter mutationem status, vt quia deportatus est, vel in exilium abiit, transit quoque ad fideiussores. Additio ad *Gl. in d. l. sed etsi, in verb. quid ergo, & ibid. Baro.*

Secundò grauiter pugnat cum *d. l. 1. C. de fideius. l. in fraudem 45. §. si principalis. ff. de iu. fis.* vbi dicitur, principalis rei siue debitoris bonis ad fiscum deuolutis, etiam fideiussores liberari. Resp. Illa l. tractat de debitore ipsius fisci, qui fisco ex contractu obligatus erat, non de alio debitore extranei, cuius bona postea in fiscum propter delictum redacta sunt. Si huius debitoris bona ad fiscum creditorem peruenerunt, id est, si fiscus proprio debitori successit, liberantur etiam fideiussores: nam creditor succedit debitori, & obligatio confusione tollitur. *l. Stichum §. aditio. ff. de solut. l. debitori. C. de pact. Donel ad l. 1. C. de fideius.*

ASSERTIO LVII.

Exceptiones præscriptionis, rei iudicatæ, & iurisiurandi, debitori competentes, fideiußori quoque præstantur.

EXCEPTIO præscriptionis, quæ debitori principali competit, fideiussori quoque tribuitur, quandoquidem rei cohæret. *l. exceptiones 7 §. 1. ff. de excep.* Quòd autem rei cohæreat, inde manifestum est, quod obligationem concernat, & plenissimam securitatem pariat, ac sit solutioni similis. *l. si pupillus 45. ff. de adm. tuto.* Insuper præscriptio antecedens impedit,

pedit, ne fideiussor obligetur, ergo & subsequens idem operabitur. *l.si quis postquam 37. ff. de fideius.*

Verùm obijcitur, quòd præscriptione non tollatur naturalis obligatio, cùm tempus non sit modus inducendæ, vel tollendæ obligationis. *l. obligationum 44. §.1.ff. de obl. & act.fa.l.atqui natura 19. in princ.ff.de neg.gest.* vbi dicitur, quòd qui tempore liberatus est, etiam post tempus debitor manet. Ergo fideiussor ea exceptione se tueri non potest, cùm & pro naturaliter obligato debitore fideiussor efficaciter interueniat. Resp. Licet naturalis obligatio supersit, tamen est ea sine effectu, cùm sine radice, hoc est, principali obligatione consistere nequeat. *l.vlt. §.vlt.ff.Rem rat.hab. l.sicut. l.omnes. C.de præsc.30. an.* vbi dicitur, quòd qui præscriptione 30. vel 40. annorum nititur, plenissima securitate munitus est: ergo omnis effectus naturalis obligationis tollitur, exceptione præscriptionis.

Porrò quòd exceptio rei iudicatæ, quæ competit debitori per sententiam absoluto, etiam fideiussori eius competat, item quòd exceptio iurisiurandi debitori competens, fideiussori quoque concedatur, euidenter probatur *in d.l.exceptiones, §.1.ff.de except.& l.in duobus 28.§.1, & l.vlt. §.vlt.ff. de fideius.*

Sed obijcitur *l.vbicunque 60. ff. de fideius.* vbi dicitur, vbicunque Reus ita liberatur à creditore, vt natura debitum maneat, tenetur fideiussor. Sed post rem iudicatam remanet adhuc naturalis obligatio. *l.Iulianus 60.ff. de cond. indeb.* Ergo reo quantumuis liberato, nihilominus fideiussor obligatus manebit. Resp. Vbicunque quis pro ciuiliter & naturaliter obligato intercessit, sublata ciuili obligatione, fideiussor quidem stricto iure adhuc tenetur, liberatur tamen ope exceptionis. *Accur.in d.l. vbicunque.in fine.* Adde quod hæc naturalis obligatio, quæ post rem iudicatã superest, est inefficax, quia rei judicatæ exceptione eliditur. *l.quæcunque 13. ff. de compens. l.2. C.eod.*

ASSERTIO LVIII.

Obligationibus ex delicto fideiussor accedere potest.

QUOD obligationibus ex delicto fideiussor adhiberi potest, euidenter confirmatur *per l.Græcè 9.§.sed etsi 4.& l.si quis pro eo 56.ff. de fideius.*

Obijcitur *l.1. & 3.ff.de custo. & exhib.reo.* vbi traditur, in criminalibus causis Reum carceri mancipandum esse, neque fideiussores vllos pro Reo interuenire posse. Resp. sub distinctione. Aut pœna corporalis propter delictum imponi debet; & tunc pro Reo carceri incluso fideiussores non sunt accipiendi. *d. l. 3.* Ratio duplex est: Prima, quia nemo suæ

vitæ, sui corporis, suorumque membrorum est dominus. *l. liber homo 1 ff. Ad l. Aquil.* vnde nec pro aliquo se ad pœnam corporalem obligare potest. Altera ratio est, quia si reus animaduerteret se sententia corporaliter damnatum iri, fuga profecto sibi salutem quæreret, hac ratione sententiæ executionem euitaturus; atque ita iudicium redderetur elusorium, cùm ab ipso sonte sumi supplicium non posset, nec fideiussor vice eius pœnam sustinere teneretur, quia pœnæ suos debent auctores tenere. *l. sancimus. C. de pœn.* Aut delicto tantùm pœna pecuniaria imposita est, & tunc reus sub fideiussoribus è custodia dimittendus erit. *d. l. 1. & l. 4. ff. de custod. reo. d. l. si quis pro eo. §. vlt. l. eos. §. super his. C. de appel.* Ratio est, quia sicuti ab ipso Reo, ita & ab eius fideiussore huic pœnæ satisfieri potest, cùm non agatur de damno corporis, sed pecuniæ. *arg. l. denique. cum l. sequ. ff. de iu. fis.* Hæc distinctio vnanimi consensu atque suffragio DD. approbata est. *Bart. & DD. in l. 1. ff. de cust. reo. Azo in Sum. C. eius. tit. Gomez. in var. resolut. tract. de delict. c. 9. num. 8. Wesem. in parat. ff. de cust. reo. num. 5.* Itaque fideiussor non potest interuenire pro Reo, vt se obliget ad pœnam corporalem. Elegans locus est apud Livium pro illustratione huius sententiæ, dum inquit, *Appij Claudij* factum, qui trecentos obsides virgis cæsos, securi percussit, fuit crudele, & reprehensione dignum.

Verùm iterum obijcitur *l. si Barsatorem 13. C. de fideiuss.* vbi qui promisit se exhibiturum latronem, si non faciat, remittitur puniendus ad præsidem prouinciæ. Resp. *l.* sic accipienda est, Quòd qui promisit se exhibiturum latronem, compellendus est, vt vel is exhibeat latronem stipulatori, vt is contra eum de iure suo statuat, vti existimauerit; aut vt eum scilicet latronem transmittat ad magistratum, qui in illum inquirat, & puniat. *Donel. ad d. l. 13.* Quòd si fideiussor Reum dolo malo non exhibeat, punietur secundum motum seu arbitrium iudicis, vel consuetudinem, extra ordinem. *l. 4. ff. de custo. Reo. l. 2. C. Ad SC. Turp.* Imò & corporaliter puniri potest fideiussor, si dolo vel fraude eius reus fuga elapsus sit, vt si dolosè eum celauit, vel fugæ eius auxilium aut subsidium subministrauit. *l. pen. C. de custo. reo. d. l. si Barsatorem 13. C. de fideiuss. Wesem. in parat. de custo. reo. num. 4. & 6.* Præterea opponitur *l. 2. ff. de custo. reor.* vbi pro servo capitalis iudicij postulato dominus admittitur fideiussor. Resp. Dominus ibi tantum fideiubet iudicio sisti, neque ad pœnam corporis se obligat. Præterea non agitur illic de pœna capitali, quæ corporis afflictiva est, sed de deportatione, quæ Reo etiam absenti infligi potest.

ASSER-

ASSERTIO LIX.

Pactum de non petendo inter debitorem & creditorem initum, fideiussori quoque prodest.

SI pactus est debitor cum creditore, ne à se pecunia petatur, hoc pactum fideiussori quoque proficit, vt is à fideiussoria obligatione liberetur: *tex.* est *in l.vlt.ff. de pact.* Ratio est, quia debitoris interest obligationem fideiussoris dissolui, ne ipse à fideiussore actione mandati aut negotiorum gestorum iterum conueniatur. *l.quod dictum 32. ff. de pact. l.4. ff. neg. gest.* Quod adeò verum est, vt quamuis debitor postea iterum pactus sit, vt à se peti liceat, tamen prioris pacti vtilitas fideiussori suo sine consensu suo auferri nequeat. *d. l. vlt.* vbi dicitur, verius esse exceptionem pacti fideiussori semel quæsitam, vlterius ei inuito extorqueri non posse.

Huic assertioni obijcitur *l. si vnus 27. §. pactus. ff. de pact.* vbi Paulus I C. ait, quòd prius pactum à debitore interpositum, per subsequens eius pactum elidatur, & extinguatur, & deinde subiungitur, eademque ratione venire, ne prius pactum fideiussoribus prosit. Resp. *Iste §.* intelligendus est de pacto fideiussoris, non de pacto rei, vt quemadmodum prius pactum debitoris, seu Rei principalis per posterius eliditur, Reo paciscente postea de petendo, cùm prius conuenisset de non petendo debito, ita quoque fideiussoris prius pactum elidetur per posterius, ab eodem fideiussore interpositum. Talis itaque adhibenda est distinctio: Aut vtrunque pactum fit à debitore principali; & tunc fideiussor semel liberatus debitoris pacto, non potest iterum obligari, debitoris contrario pacto sine suo consensu inito. Aut pactum vtrumque factum est à fideiussore; & tunc extra controuersiam sibi præiudicat. Igitur *in d.l.si vnus. §.pactus*, fideiussor fecerat vtrunque pactum, vnde posteriori pacto de petendo inito, consensu suo sibi nocet. *In d.l.vlt.* verò *ff. de pact.* vtrunque pactum initum fuerat à debitore, quocirca prius pactum de non petendo à debitore interpositum, fideiussori prodest, posterius pactum de petendo non nocet. Semel enim quæsita liberatio fideiussori per pactum rei, non potest ei inuito auferri sequenti contrario debitoris pacto.

ASSERTIO LX.

Omnium obligationum fideiussor accipi potest.

DECISIO hæc clarè & expresſè tradita extat *in l.1. & 2. l. Græcè 8. §. à tutore. ff. de fideiuſ. §.1. Inſt. eo.*

Sed obſtat *l. cùm filiusfam. 49. §.1. ff. de V.O.* vbi dicitur, ſi fideiuſſor acceſſit obligationi non faciendi, puta ſi debitor promiſit ſe non impediturum, quominus actori ire, agere liceat, fideiuſſor non tenetur, ſi ipſe contra ſtipulationem faciat. Reſp. Quando eſt tale factum, quod eundem effectum habet, à quocunque fiat, tunc fideiuſſor tenetur, vt ſi reſtitutioni commodati vel depoſiti acceſſit fideiuſſor: intereſt enim mea rem meam habere à quocunque, *l.2. ff. de fideiuſ.* Aut tale eſt factum, quod non poteſt à diuerſis æquè commodè & artificioſè præſtari, vt quia cenſetur electa perſonæ induſtria & peritia, puta in domo vel naui fabricanda; & tunc fideiuſſor præſtans quod debitor promiſit, non liberatur. *l. inter artifices. 31. ff. de ſolut.* Vel ſi in principali obligatione debitoris perſona tantùm eſt comprehenſa, tunc fideiuſſor quoque non tenetur, ſi ipſe contra principalem contractum quid faciat.

Secundò aduerſatur, quòd alieni facti promiſſio eſt inutilis, ergo obligationi, qua debitor factum promiſit, fideiuſſor non adſtringitur. Reſp. Fideiuſſor ſe pro debitoris facto catenus obligare poteſt, vt promittat creditori vel ſtipulatori quanti eius intereſt. *l. ſtipulatus es 44. ff. de fideiuſ.* Ratio eſt, quia ea eſt natura obligationum faciendi, vt promiſſor ad intereſſe teneatur. *l. ſtipulationes non diuiduntur. 72. §. Celſus. ff. de verb. oblig. l. ſi quis ab alio. 13. §.1. ff. de re iud.* ad cuius legis explicationem vide *Cuiat. lib. 21. Obſ. c.1.*

Porrò & fideiuſſor pro naturali obligatione vtiliter adhiberi poteſt, *l. fideiuſſor 16. §. fideiuſſor. ff. de fideiuſ.* poteſtque conueniri efficaciter, quamuis debitor principalis iudicio pulſari non poſſit. *l. vbicunque 61. ff. de fideiuſ.*

Obijcitur tamen *l. ſi quis poſteaquam 37. ff. de fideiuſ.* vbi dicitur, ſi debitor præſcriptione liberatus eſt, fideiuſſor quoque non tenetur, cùm tamen maneat adhuc naturalis obligatio. Qui enim tempore liberatus eſt, etiam poſt tempus debitor manet. *l. atqui natura 19. ff. de neg. geſt.* Reſp. Licèt ſuperſit naturalis obligatio poſt præſcriptionem, tamen ea eſt ſine effectu, & planè inefficax. *l. vlt. §. vlt. ff. Rem rat. hab. l. ſicut. & l. omnes. C. de præſcr. 30. an.* vbi dicitur, quòd qui 30. annorum præſcriptione nititur, pleniſſima munitione ſecurus eſt.

Secundò

Secundò refragatur *l. qui contra. x 1. ff. de fideiuſ.* vbi pro filiofam. qui mu- ...tuum accepit contra *S C. Macedonianum*, fideiuſſor acceptus non obliga- ...tur, cùm tamen filiusfam. naturaliter obligetur. Reſp. Ibi fideiuſſor ideò ...non tenetur, quia filiusfam. pro quo interceſſit fideiuſſor, mortuus eſt, & ...extincta eſt naturalis obligatio, cùm nullus ſit hæres filiofam. iure iſto: ...ideòque cùm mortuo filiofam. ſublata ſit naturalis obligatio, pro ea fi- ...deiuſſor accipi non poteſt. Verùm quia pater peculiotenus obligatur, ...pro illa actione, quæ aduerſus patrem competit, fideiuſſor accipi poteſt. ...*creditorem 18. ff. ad S C. Maced. Conna. lib. 6. Com. c. 6. num. vlt.*

ASSERTIO LXI.

Pœnæ ſtipulatione non nouatur principalis obligatio.

CONFIRMATVR hæc theſis his argumentis. Pœnalis ſtipulatio eſt acceſſoria ad principalem: at acceſſorium non debet nouare principale. *arg. l. qui vſumfructum 58. ff. de verb. obl.* Altera ratio. Pœna ...dijcitur principali contractui fauore creditoris, vt timore pœnæ debitor ...ſeruet promiſſa. *arg. l. 1. C. de arbit.* Non ergo debet contra partium inten- ...tionem pœna operari nouationem, & damno eſſe creditori. *fac. l. apud ...Celſum. §. Labeo. ff. de excep. doli.*

Tertiò probatur apertè theſis *per l. ita ſtipulatus 115. §. Sabinus. ff. de V. O.* vbi ...dicitur, ſi quis promittat Stichum, etſi Stichum non ſoluat, decem dari ...ſolliceatur, non antè pœna committitur, quàm promiſſor interpellatus ...ſit in mora ſoluendi hominem: quo caſu pœna non nouat, ſi promiſ- ...ſor ſuper principali debito adhuc interpellari poteſt. Apertè etiam pro- ...batur hæc theſis *per l. ſi quis à ſocio 41. cum l. ſeq. & l. duo ſocietatem 71. ff. ...pro ſoc.*

Obijcitur *l. 1. §. item ſi ita. ff. Ad l. Falc. & l. ſi penum. ff. Quan. di. leg.* Vbi di- ...citur, ſi heres damnatus ſit penum dare, & niſi dederit, certam pœnam ...præſtare iuſſus ſit, tunc ſi heres ſit in mora dandi penoris, deberi pœnam. ...Vnde colligitur, per pœnæ adiectionem fieri nouationem, ſiquidem no- ...uatio eſt prioris debiti in aliud transfuſio. Reſp. Cùm penus legatur, & ...niſi detur, pœna ſubijcitur, tunc mora facta in danda penu, peti poteſt ...pœna. *l. cùm fine. l. ſi penum. ff. Quan. di. leg.* Ante moram penus eſt in pe- ...titione & præſtatione, poſt moram penus non eſt in obligatione ſeu pe- ...titione, ſed in præſtatione tantùm, cùm vſque ad litem conteſtatam he- ...res offerendo penum liberetur à pœna: *l. 1. ff. de pen. leg.* Igitur mora ope- ...ratur tranſlationem ſeu ademtionem penoris potius, quàm nouationem

penoris in legatum pecuniæ. Idque receptum eſt propter naturam penus, quæ facilè corrumpi poteſt, ideoque longiorem dilationem in præſtando non fert. Nulla ergo hîc fit propriè nouatio, cùm penus poſt moram & transfuſionem præſtari poſſit vſque ad litem conteſtatam. *Duare. ad d.l. ita ſtipulatus.*

Secundò obijcitur *l. obligationum 44. §. fi. ff. de obl. & act.* vbi dicitur, quòd ſi quis præcedenti ſtipulationi, qua ſtipulatus eſt nauem fieri, ſubijciat pœnalem ſtipulationem certæ pecuniæ, quòd quaſi nouatio prioris ſtipulationis fiat. Reſp. Ideò pœna ibi operatur quaſi novationem, quòd præceſſit obligatio facti, puta nauem vel domum fieri, in qua ſtipulatione poſt moram fit transfuſio obligationis faciendi in obligationem pecuniæ, etiamſi pœna nulla ſit promiſſa. *l. 72. ff. de V. O.* Vnde mirum non eſt, poſt moram quaſi nouatione facta pœnam ſolam deberi. Non tamen eſt vera nouatio, cùm promiſſor ſuper facto conuentus, vſque ad litem conteſtatam factum offerre poſſit. *l. ſi inſulam 84. ff. de V. O.* Operatur ergo pœna non veram nouationem, quæ facti obligationem tollit, ſed vmbram quandam nouationis, eatenus, quatenus poſt litem conteſtatam factum non amplius offerri poteſt. Ita pulchrè tradit *Zazius in ſingul. intellect. c. 4.* Vide latius *Hotom. in illuſt. quæſt. c. 10. in quæſt.* An principalis obligatio pœnali ſtipulatione novetur, *& Petrum Grangianum in paradox. Iuris civil. c. 33.* vbi pulchrè decidit, & multis legibus rationibuſque hanc ſententiam confirmat, quod pœnalis ſtipulatio præcedentem obligationem non novat,

ASSERTIO LXII.

Debitum purum ſtipulatione conditionali nouatur.

PROBAT hoc enunciatum *l. pecuniam 36. ff. de reb. cred.* Vbi deciditur, quòd ſi debitor id quod alteri purè debet, iuſſu ſui creditoris, alteri creditori ſub conditione promittat, non poſſit creditor prior, cui purè debetur, id debitum pendente conditione petere, quia per conditionalem promiſſionem poſteriorem effectus prioris obligationis puræ ſuſpenditur, quaſi tantiſper dum pendet conditio, nouationis effectum habeat. *l. obligationum 44. §. fi. ff. de obl. & act.*

Huic ſententiæ contradicit Paulus *in l. purè 5. ff. de excep. dol.* vbi quod alicui purè debetur, ſi ſub conditione legetur, heredem interim nihilominus debitum petiturum affirmat. Reſp. ſub diſtinctione, quòd aliud in teſtamentis, aliud verò in contractibus hoc caſu obſeruatur. *arg. l. is cui 42. ff. de act. & obl.* Ratio diuerſitatis eſt, quòd in ſtipulatione conditionali,

ditionali, qua creditor à debitore, qui alteri purè debebat, ſibi ſub conditione ſtipulatus eſt, omnium contrahentium conſenſus interceſſit, creditoris, debitoris, & tertij, cui iuſſu creditoris, debitor pecuniam, quam purè debebat, ſub conditione promiſit. Ad quem ex eiuſmodi contractu fructus nouatæ obligationis per conditionalem delegationem pertinebit: *d.l. pecuniam. d.l. obligationum. §. conditio.* E contra quia in teſtamentis ab vnius voluntate dependentibus, nullus contractus intercedit. *l. verba 20. ff. de V.S.* heres pecuniam medio tempore teſtatori debitam ſub conditione alteri legatam, interim rectè à debitore petet. *d.l.5.* Quia nihil cum debitore geſtum, nihil contractum eſt, nullàve nouatio inita eſt, ſed cum legatario tantùm, cum quo heres adeundo hereditatem, quaſi contraxiſſe intelligitur. *l.3. §. vlt. ff. Ex qu. cau. in poſſ.* Cuius nihil intereſt legatam ſibi ſub conditione pecuniam heredi interim pendente conditione ſolui, præcipuè ea ratione, quòd heres ei cauet, ſe legatum exiſtente conditione ei reſtituturum. *d.l.5. Forner. ad l. creditor 55. ff. de V.S.*

ASSERTIO LXIII.

Creditori inuito ante diem rectè ſolui poteſt, ex communi DD. ſententia contra CVIACIVM, *&* BORCHOLTVM.

HÆc ſententia apertè probatur *in l.38. §. inter. ff. de verb. obl.* vbi dicitur, quòd in obligationibus in diem totum medium tempus promiſſori ad ſoluendum liberum relinquitur. Si non licet inuito creditori ſoluere ante diem, vel ſi creditor poſſet ſolutionem ante diem recuſare, non eſſet debitori tempus medium liberum ad ſoluendum. Idem traditur *in l. quod certa 70. ff. de ſolut.* vbi dicitur, quod certa die promiſſum eſt, vel ſtatim dari poteſt, totum enim medium tempus ad ſolvendum promiſſori liberum relinquitur. textus quoque expreſſus eſt pro hac ſententia *in l. continuus 137. §.2. ff. de verb. obl.* vbi I C. Venuleius inquit, nam & quod in diem debetur, ante ſolvi poteſt, licet peti non poteſt.

Obijcitur *l. Qui Romæ 122. in princ. ff. de verb. obl. & l. Iabolenus 15. ff. de ann. lega.* vbi dicitur, quòd debitor in diem, ante diem non rectè ſoluit. Reſp. In iſtis legibus dies fuit appoſita in gratiam creditoris ſeu ſtipulatoris, ideoque ei inuito non rectè ſoluitur ante diem, quia vtilitas temporis contrahentium conuentione, vel teſtatoris conſenſu ſemel creditori con-

cessa, non debet ei inuito auferri. In dubio autem præsumitur dies adiectus in gratiam debitoris, ideoque potest etiam debitor ante diem soluere, quia quilibet potest fauori pro se introducto renunciare. *l.eum qui 41. §.vlt.ff.de V.O.l.cùm tempus 17.ff. de R.I.*

Opponitur etiam *l.sed si ante 10.ff.ad S C. Trebel.* vbi heres qui ad diem rogatus erat restituere hereditatem, ante diem non rectè restituit. Ergo debitor soluendo ante diem non liberatur. Cui tamen aduersatur *l. post mortem.C.de fideicom.* Vbi heres rogatus restituere hereditatem post mortem, etiam ante mortem rectè restituit. Respondet Castrensis. Heres qui ad diem rogatus est restituere hereditatem, non tenetur ante diem hereditatem in fideicommissarium transferre: si tamen vult sponte hereditatem restituere, hoc potest in sui præiudicium facere, vt scilicet actiones, quæ heredi contra debitores hereditarios competebant, transferantur in fideicommissarium. *d.l.post mortem, & ibi Castren.*

Tertiò aduersatur *l.item illa 18.ff.de const.pecu.* vbi dicitur, quòd creditor ante diem constituti recusare possit debitas pecunias accipere. Resp. Verum quidem est creditorem ante diem constituti recusare posse solutionem debiti, & nihilominus illi competere actionem de constituta pecunia, si res debita adhuc extet. Itaque *l.* illa hoc modo accipienda est, quòd si creditor ante diem constituti recusauit solutionem accipere, possit nihilominus agere actione pecuniæ constitutæ ad soluendum, si tempore constituti paratus sit accipere, si scilicet res adhuc sit integra, id est, si res promissa adhuc extet. Sic enim & cæteri omnes creditores, licèt in accipiendo moram fecerint, tamen nihilominus habent actionem integram, quamdiu res promissa adhuc extat. *l.illud 17.ff.de peri. & com. rei vend.* vbi dicitur, quod semper posterior mora nocere soleat. Vnde quod dicitur *in d.l.item illa*, actori non nocere, si promissum ante diem debitum oblatum recusauit accipere, non simpliciter negat nocere, sed negat nocere ad actionem constitutæ pecuniæ, si res promissa adhuc extet. Ex quo sequitur in alijs rebus ei nocere, quòd recusauit accipere ante diem oblatum. *Donel.ad l.eum qui. §.vlt.ff.de V.O.* Dissentit ab hac sententia *Cuiat. lib. Obs.23.c.22.& ad l.stipulatio ista 38.§.inter incertam.ff.de verb.obl.* vbi tradit, invito creditori ante diem solvi non posse, quod in diem debetur, quem sequitur *Iohannes Borcholt* perpetuus sectator, & interpres, seu potius simia *Cuiatij, in tractatu de verb.oblig. c.6.nu.35. & seqq.*

ASSER-

ASSERTIO LXIV.

Rectè ei ſoluitur, qui ſolutionis gratia adiectus eſt, modò poſt ſtipulationem conditio eius non ſit in deterius mutata.

RECTE ei ſoluitur, qui ſolutionis gratia contractui eſt adiectus, illíque ſi ſoluat promiſſor, liberatio ipſo jure contingit, perinde ac ſi ipſi ſtipulatori ſoluiſſet. *l. vero 12. §. 1. l. ſi ita ſtipulatus 59. ff. de ſolut.* Dicitr autem adiectus ſtipulationis gratia, cùm quis alternatiuè ſibi aut Tio dari ſtipulatur. In hac enim ſtipulatione conſiſtir obligatio ſolùm in ipulatore, eique actio acquiritur, ſed tamen Titio rectè ſoluitur, qui adctus dicitur, licet ei non competat ex ſtipulatu actio. *§. planè. Inſt. de inut. ip. l. vlt. §. vlt. ff. de V. O.*

Tum demum autem adiecto rectè foluitur, ſi poſt ſtipulationem conitio eius non ſit mutata in deterius. Nam ſi poſt ſtipulationem ſtatus ius mutetur in deterius, vt puta ſi in adoptionem datus ſit, vel in exium iuerit, vel ſeruus factus fuerit, non rectè ei ſoluitur, vt contingat lieratio. Ratio eſt, quia ea conditio huic ſtipulationi ineſſe videtur, vt rectè tum demum ſoluatur adiecto, ſi in eodem ſtatu permaneat. *l. cum quis bi 38. in princ. ff. de ſolut.*

Sed è diametro pugnat cum hoc reſponſo *l. Stichum 95. §. vſumfructum. ff. e ſolut.* vbi dicitur, ſi quis vſumfructum ſibi aut Titio dari ſtipulatus ſit, tiam Titio adiecto capite diminuto rectè ſolui. Reſp. Ibi Titius adiectus uit capite minutus eo tempore quo ſtipulatio interponebatur, quod ex imili ſtipulatione à ICto ſubiecta facilè colligi poteſt. Nam vt ſubiungit C. quemadmodum quis rectè ſibi aut Titiò, cùm capite minutus erit, ſumfructum dari ſtipulatur, ſic etiam ſibi aut Titio jam ante ſtipulatioiem capite minuto rectè quis vſumfructum dari ſtipulatur, ſcilicet cùm empore ſtipulationis Titius jam capite minutus erat. Ita rectè notat *Cuiac. ad l. cùm quis 55. de V. O.*

ASSERTIO LXV.

Aliud pro alio inuito creditore solui non potest.

REGVLA hæc traditur *in l.2.§.1. ff. de re.cred.* & desumta est ex definitione obligationis, tradita in *in Inst.tit.de obligat.* Nam cùm obligatio sit juris vinculum, quo necessitate debitor adstringitur ad soluendum debitum in contractum deductum, repugnat naturæ obligationis, aliud pro alio inuito creditori solui.

Huic axiomati primò aduersatur *l.ꝗum qui 16. cum Auth.seq. C.de solut.* vbi traditur, quod debitor qui non potest propter inopiam pecuniam debitam exoluere, in solutum possit creditori etiam nolenti dare prædia pro quantitate debita. Resp. Hoc fit propter necessitatem, vtputa si debitori non suppetit aliunde facultas pecuniam exoluendi; tunc enim creditor pro quantitate debita prædia in solutum accipere cogitur.

Secundò repugnat *l.miles §.decem.ff. de re iud.* vbi asseritur, quòd dominus noxali actione condemnatus, vt damnum ex maleficio serui illatum resarciat, liberatur seruum noxæ dedendo. Resp. Hoc in casu dominus hanc potestatem aliud pro alio debito exoluendi, habet sibi à jure tributam, vnde iure facit, quòd ex potestate sibi à lege concessa, aliud pro alio soluit. Cujus specialis iuris hæc est ratio, ne culpa seruorum vltra æstimationem seruorum dominos gravet. *§.1.Inst.de noxa.act.*

Tertiò obstat *l.si domus 71.§.qui confitetur.ff.de leg.1.* vbi statuitur, quòd si testator legat alicui rem alienam, & dominus eam vendere nolit, vel fortè immenso pretio vendere cupiat, tunc sufficit pro specie legata justam æstimationem etiam inuito legatario soluere. Resp. Hoc similiter propter necessitatis causam receptum est, quia non potest heres rem à vero domino redimere, nisi immodico & immenso precio; quod fieret cum magno & graui suo detrimento.

Quartò obiicitur *l.si quis argentum.35.§.sin autem donator C.de dona.* vbi sancitur, si quis donauit alicui certum pondus argenti, neque donator habet argentum in bonis, quod teneatur ad æstimationem argenti. Resp. Ibi fauore liberalitatis & munificentiæ receptum est, vt pro auri vel argenti massa solui possit æstimatio.

Postremò refragatur *l. vinum.ff. de re. cred.* vbi vinum quod mutuo datum erat, petitum est in judicio, & judex condemnat debitorem in æstimationem vini. Resp. Hoc fit propter moram debitoris, qui quanti plurimi res valuit, condemnatur: æquum enim est, damnum propter moram

ram debitoris creditori illatum, ei resarciri. Vnde etsi creditor velit, potest obdurare, vt res ipsa hoc est vinum mutuò datum sibi restituatur & soluatur. *l. vbi autem 75. §. vlt. ff. de V.O.* vbi dicitur, quod obligatus ad dandum, præcisè rem ipsam creditoris efficere tenetur.

ASSERTIO LXVI.

Actiones ex delictis defuncti descendentes, non dantur in hæredes, nisi quatenus ad eos peruenit, non in solidum.

CERTISSIMA est juris regula, pœnales actiones ex maleficiis defuncti, in heredes non competere, nisi in id quod ad eos peruenit. *§. non autem. Inst. de perp. & temp. act. l. sicuti 38. l. toties 44. l. in pupillum 111. §. 1. ff. de reg. iur. l. 1. ff. de priua. delic.* Ratio est, quia sicuti justum est ex delicto defuncti heredem non teneri, quia pœnæ suos authores sequi debent, *l. sancimus. C. de pœn.* ita æquum quoque est, vt ex defuncti maleficio heres etiam lucrum non sentiat, quia turpia lucra heredibus extorquenda sunt, ne alieno scelere ditentur. *l. in heredem. ff. de calumn.* Porrò notandum, quòd ipsæ pœnales actiones, furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, aduersus heredes non dentur, sed conuenitur heres de eo quod ad ipsum peruenit, actione in factum, vel condictione furtiua. *l. 2. §. vlt. ff. Vi bo. rap. l. itaque 38. ff. de dolo. gl. in l. vnic. C. Ex delic. defun.* Ratio est, quia istæ pœnales actiones ex delictis sunt famosæ, ideoque non debent contra heredes delinquentis intentari, ne propter alienum delictum ex nomine actionis heredibus irrogetur infamia.

Aduersatur huic doctrinæ *l. vnica. C. Ex delic. defun. in quant. hered. conuen.* in qua statuitur, heredem teneri de vi à defuncto commissa. Resp. Hoc non est accipiendum de vi ablatiua, ex qua competit actio vi bonorum raptorum, quæ in heredem raptoris non datur, sed de vi compulsiua, & quæ incidit in edictum, Quod metus causa, quæ actio non est merè pœnalis, sed mixta, ideoque contra heredes vim metúmve inferentis datur. Sturtius *ad l. sicuti 38. ff. de R. I.* Excipitur ab hac regula sola condictio furtiua, quæ datur contra heredes furis in solidum, etiamsi ad eos nihil peruenit. *l. in condictione 9. ff. de cond. furt. §. vlt. Inst. de obligat. ex delic.* idque speciali odio furum est receptum.

ASSER-

ASSERTIO LXVII.

Pro eodem crimine, & ciuiliter & criminaliter agi potest.

QVOTIES pro eodem crimine & ciuilis & criminalis competit actio, vtraque licet experiri, nec vna actione intentata altera consumitur. Traditur hæc generalis definitio *in l. vnic. C. Quan. ciu. act. crim. præiud.* Textus est elegans *in l. qui nomine 25. ff. ad l. Corn. de fals.* vbi pro regula traditur, quòd ex quocunque maleficio potest quis accusari criminaliter, ex eodem potest agi actione in factum ciuiliter. Sic intentata actione vi bonorum raptorum, adhuc est locus judicio publico legis Juliæ de vi. *l. 2. §. 1. ff. Vi. bo. rap.* Item si quis seruum alienum surripuit & subduxit, furti tenetur, & plagij, & vna actione intentata patet regressus ad aliam. *l. si quis seruum. C. Ad. l. Fau. de plagiar.*

Obstat huic assertioni *l. interdum 4. ff. de pub. iud.* vbi dicitur, instituto priuato judicio de aliquo crimine, præiudicium fieri iudicio publico. Duplex est responsio. *Acc. & Bart. hanc l.* ita interpretantur, quòd pendente iudicio super actione ciuili, non potest criminalis accusatio intentari, super eodem crimine, sed finito ciuili iudicio per sententiam, non prohibetur quis criminalem actionem proponere. *Baro & Borcholt ad tit. Inst. de l. Aquil.* respondent, quòd instituto iudicio priuato de crimine, non præiudicetur publico, ita vt amplius agi non possit, sed in probatione delicti, iudicium priuatum ante finitum iuuabit aut vrgebit Reum in executione criminis publici. Præiudicium enim hîc significat argumentum & exemplum, quod sequantur iudices in criminali iudicio. Sensus ergo *d. l. interdum* est, quòd instituto prius iudicio priuato, præiudicium fit publico, hoc est, ex ciuili iudicio prius finito, sumitur exemplum, quod iudices in criminali iudicio sequantur.

Secundò aduersatur *l. Prætor 7. §. 1. ff. de iniur.* vbi dicitur, pro iniuria illata ciuiliter & criminaliter agi non posse, sed vna actione intentata alteram consumi. Resp. Ibi vtraque actio competit ad vindictam, ideoque vna intentata altera consumitur, quia iniquum est eandē rem bis in iudicium deduci. Aliud est, quando ciuilis actio persequitur rem familiarem, tunc enim ciuili iudicio intentato non consumitur criminale, & è contra. Ita respondent. *Acc. & Bart. in d. l. Prætor. §. 1.* quod approbat *Cuiacius lib. Obser. 24. c. 16.*

ASSER-

ASSERTIO LXVIII.

Pœnæ à legibus nominatim delictis sunt impositæ, neque pendent à mero iudicis arbitrio.

POENÆ siue eæ capitales sint, siue non, sed pecuniariæ, aut alterius alicujus generis, non mero judicis arbitrio infliguntur, sed legum vel constitutionum auctoritate delictis irrogantur. *l. 1. §. 1. ff. Ad S C. Turp. l. si qua pœna 244. de V. S. l ordine. ff. ad Munic.* Imò judex infamia notatur, qui minorem pœnam, quàm leges statuunt, delictis imponit. *l. seruos 8. C. ad l. Iul. de vi pub.* vel pari pœna, quam leges crimini irrogant, punitur. tex. est notabilis *in l. 3. in fi. C. Ne sacr. bapt. ite. l. 2. C. de commerc.*

Sed aduersatur, quòd traditur *in §. in summa. Inst. de iniur. & l. hodie. ff. de pœn. l. 3. C. Ex qu. cau. irr. infam. l. quid ergo. §. pœna grauior. ff. eo.* pœnas ex arbitrio iudicis delictis infligi, & modò grauiores, modò leuiores, quàm leges præscribunt, imponi. Resp. Nulla pœna arbitraria est delictorum, quæ non sit certa aliqua parte juris constituta, vt ita non pendeat à mero judicis arbitrio, sed arbitrio legibus confirmato, atque consentaneo. Quod ergo legibus prædictis affirmatur, pœnas arbitrio iudicis irrogari, hoc iam significationem habet, quòd non suo jure judex hanc arbitrandi potestatem habet, sed legis beneficio, ita tamen vt secundum legum præscriptum teneatur arbitrium suum in pœnis decernendis informare. Habet itaque adhuc in his arbitrarijs pœnis illud axioma Papiniani locum, quod extat *in d. l. 1. §. 1. ff. Ad SC. Turpil.* facti quidem quæstionem esse in arbitrio judicis, pœnæ autem executionem eius arbitrio non concedi, sed legis auctoritati reseruari. Ita tradit *Maranta in disput. legalibus. disput. 3. & Goda. ad l. aliud fraus est 131 ff. de V. S.* Vel ita potest responderi. Pœnæ omnes lege definitæ & certæ sunt, vt furti pœna est duplum, vel quadruplum, si agatur iure ordinario, tunc enim iudex eam angere vel minuere non potest: *d. l. 1. §. 1. ff. ad SC. Turp.* Si verò agatur iure extraordinario, tunc potest pœnam immutare. Porrò hodiè omnia iudicia criminalia sunt extraordinaria, & non agitur amplius ex præscripto formularum. Ergo hodie pœnæ legitimæ delictorum non durant, sed judicis arbitrio infliguntur, quia omnia aguntur extra ordinem, & sic accipienda est *l. hodie 13. ff. de pœn.* Denique potest & hoc pro conciliatione adferri, quòd iudex non possit absolutè vel simpliciter, sine aliqua iusta & speciali causa pœnas legum mutare, minuere, vel augere. Verùm ob certas iustissimas rationes & cau-

ſas, pœnas à legibus præſcriptas mitigare vel augere poteſt. *d.l.3.C. Ex qu cau.irrog.infam.* Ita tradit eleganter. *Chaſſan.in conſu.Burgund.rub.1.§.1.in verb corporellement.*

Obiicitur & hoc argumentum. *In l. reſpiciendum x1.ff.de pœn.* traditur,iu dicem debere in leuioribus cauſis proniorem eſſe ad clementiam, in gra uioribus verò cauſis, ſeueritatem legum cum aliquo temperamento be nignitatis ſubſequi. Ergo licet illi pœnas à legibus delictis impoſitas miti gare, vel remittere. Ad hoc argumentum reſpondet *Gloſ.in l.hodie ff.de pœn* quòd ita demum poſſunt iudices benignitate & lenitate vti in puniendi criminibus, quando nulla certa pœna legibus eſt nominatim impoſita tunc enim iudices ad clementiam proniores eſſe debent, & rigorem ſen tentiæ temperare.

ASSERTIO LXIX.

Pœna regulariter in popularibus actionibus non fiſco, ſed actori applicanda eſt.

ACTIONVM popularium hæc eſt natura, vt quicquid ex earum exercitio redigitur, actori applicetur. *l.vlt.ff.de litig.l.3. in pr.de ſep.viol.* vbi dicitur, quòd agenti actione populari de ſepulchro violato, pœna ſit perſoluenda. Comprobat hanc deciſionem *l. vt ſi cui ex emto.12.ff. de V.S.* vbi traditur, quòd per litis conteſtationem popularis actio, quæ antea erat totius Populi, nunc ad priuatum actorem transferatur, ita vt creditor ſit ille, qui litem conteſtatus eſt in populari actione, & jam illi pœna debeatur. Facit ad confirmationem huius deciſionis, quòd aliàs hæc judicia non rectè actiones dicerentur, cùm actionibus actor perſequatur quod ſibi debetur. *Inſt.de act. in princ.* Præterea cùm ſub titulo *Inſt. de actio.in § pœnales 12.* de his popularibus actionibus tractetur, ſub præmiſſa quoque definitione actionis, qua actio definitur ius perſequendi in iudicio quod ſibi debetur; populares actiones comprehendi, probabilius eſt. Hanc ſententiam tuentur *Gedæ.ad d.l.12.nu.15.& ſeqq.de V.S. Donel.& Baro ad princ.tit.Inſt.de actio.* A quibus reliqui ferè interpretes diſſentiunt, quorum argumentis reſpondebo.

Primò obiicitur *l. 3.ff. de ter. mo.* vbi dicitur 50. aureos ex lege Agraria in publico dandos eſſe ab eo, qui terminos extra ſuos fines mouit. Reſp. Hoc in verſic. ſequ. *Et eius actionem ei qui volet, eſſe iubet*, ſic declaratur, vt ſcilicet pœna aureorum 50, in publico danda ſit, hoc eſt, ex populari actione

ctione soluenda, quamuis eius pœnæ persecutio siue exactio sit priuata, tura scilicet eius, qui volet agere, quoties scilicet ex lege Agraria ager ciuiliter. Nam si criminaliter agatur, secus est.

Secundò obstat *l.3. §.Diuus.ff.de sep. viol.* vbi qui in ciuitate mortuos sepelint, 40. aureos fisco inferre jubentur. Resp. *d.§. Diuus*, agit de criminali hujus delicti persecutione, quando non ciuili illa actione populari de sepulchro violato, quæ ex edicto Prætoris est, *l.3. in princ. ff. eo tit.* sed criminali accusatione quis experitur.

Tertiò repugnat *l.lege Cornelia 25. §.ex hoc edicto.ff. Ad SC. Sylla*, vbi dicitur, quòd pœna exacta populari actione sit diuidenda inter actorem & fiscum. Resp. Hoc non est generale in omnibus popularibus actionibus, cum id specialiter in ea populari actione SC^to Syllaniano cautum inueniatur, qua speciali legis decisione opus non fuisset, si id quoq; in cæteris popularibus actionibus regulare fuisset. At casus specialis arguit regulam generalem esse in contrarium, *Dec. ad l.1.ff.de R.I.*

ASSERTIO LXX.

Furti actio datur etiam pro re modica.

COMPROBATVR hæc assertio *in §. Gallinarum. Inst. de rer. diui.* vbi dicitur, etiam in gallina surrepta furtum committi. Huc facit *l. si proprietarius.ff.de dam.inf.* vbi dicitur, etiam pro minimo damno competere actionem furti.

Sed aduersatur plurimum *l.si quis affirmauit 9.§.vlt.ff. de dolo. ma.* vbi dicitur, doli actionem non competere, nisi quis deceptus sit vltra duos aureos. Resp. Actio furti est ordinaria & legitima, atqui huiusmodi actiones dantur etiam pro re minima: sed actio doli est subsidiaria & extraordinaria, ideoque non datur pro re modica. tum etiam quia hæc actio de dolo restituit in integrum, & contractum rescindit. Adde quòd furtum multò grauius est dolo, vnde & faciliùs dabitur actio furti pro summa vel modica subrepta, quàm doli actio.

Secundò refragatur assertioni *l.scio 4.ff.de in int.rest.* vbi dicitur, de re modica vel minima summa non curare Prætorem. Resp. Illud tunc demum verum est, quando quis iure speciali contra ius commune vult restitui in integrum, vt tunc non attendatur læsio in re valdè parua. *d.l.4.d.l.9. l. C.de resc.vend.* Aliàs de jure regulari, hoc est, de iis quæ fiunt contra ius commune, curatur de minimis. Prætereà adiicitur *in d. l. scio*, ita demum restitutionem non dari ob rem minimam, cùm rei maiori præiudicatur.

dicatur. Verùm cùm ob ſummam modicam agitur de dolo, præiudicatur rei maiori, quia condemnatio doli attrahit ſecum infamiam. *l. 1. ff. De his qui no. infa.* Famæ autem hominis parcendum eſt, niſi magna cauſa vrgeat, cùm nihil homini antiquius eſſe debeat honeſta fama. *l. 8. ff. Quod met. cauſ.* Imò fama & vita hominis æquiparantur. *l. iuſta 9. ff. de manu. vind.* & famæ iactura morti ſimilis eſt. *c. nolo 12. qu. 1.* vbi dicitur, quod crudelis eſt, qui confidens conſcientiæ, negligit famam. Hanc deciſionem, quòd actio furti detur pro re modica, approbrt *Accur. in d. l. 9. §. vlt.* à qua diſcedit *Zazius libro 2. ſingul. reſp. c. 26.* ſed leuibus & infirmis rationibus.

ASSERTIO LXXI.

Furi regulariter actio furti non datur.

HÆc aſſertio apertè traditur *in l. itaque 12. ff. de furt.* Ratio eſt, quia illis tantùm datur actio furti, quorum ex honeſta cauſa intereſt; nemo enim ex improbitate ſua conſequitur actionem.

Obiicitur *l. qui vas 48. §. ſi ego. ff. de furt.* cuius hæc eſt facti ſpecies. Fullo veſtes poliendas accepit, quas inuito domino Titio commodauit; Titio furtum factum eſt; competit fulloni furti actio, licet & ipſe furti teneatur, quòd rem inuito domino commodauit. Reſp. Ideò ibi fulloni datur actio furti, quia eius intereſt ex honeſta cauſa, quia conductor eſt nam etiamſi furtum non feciſſet, videlicet ſi non commodaſſet alteri tamen cuſtodiam fullo præſtare debebat. Et breuiter dicendum eſt quòd fur furti agere poteſt propter iuſtum initium, ſi rem iuſtè cœpit detinere. Azo *in ſum. C. de furt. num. 9.* Eadem eſt ratio *d. l.is 12. §. pen.* Rei ſuæ dominus nonnunquam furtum facit, vt ſi rem pignori datam creditori ſubtrahat, ſi poſteà debitor eandem rem furto amiſit, aget furti, atque ita idem tenetur furti, & furti agit, quia etiamſi hic debitor furtum non feciſſet rei ſuæ, erat habiturus furti actiónem dominii ratione. Summa eſt Fur agit furti ex honeſta cauſa, puta quòd ſit dominus vel conductor, vel commodatarius; non autem agit furti hac ſola ratione, quòd ſit fur, & propterea interſit ejus rèm ſurripi.

Secundò aduerſatur *l. 1. §. qui à me vi. ff. de vi & vi arm.* vbi violento poſſeſſori datur interdictum Vnde vi, ſi vi de fundo iterum deiiciatur Reſp. *Bart. in d. l. 12.* quòd poteſt agere interdicto Vnde vi ad poſſeſſionem quæ ſibi vi erepta eſt, recuperandam, quo caſu non habet actionem ex improbitate ſua, ſed auferentis. Sed non poteſt agere actione furti

d duplum vel quadruplum, quia actio furti datur propter id quod intereſt agentis, ſed nemo ex improbitate ſua conſequitur actionem, quod ua interſit ex turpi cauſa.

ASSERTIO LXXII.

Furtum iure naturæ prohibitum eſt.

PROBATVR hæc aſſertio *in l.1. ff. de furt.* vbi dicitur, quòd lege naturali prohibitum ſit furtum admittere. Idem affirmat *Vlpia. in l. probrum 42. de V.S.* vbi dicitur, quod furtum & adulterium natura turpe ſt. Ex iure enim naturali diſcrimen honeſtorum & turpium ſumitur; Cui onſentit vox divina in Decalogo expreſſa. Non furtum facies: cuius ræcepta homini à natura eſſe inſita, nemo eſt qui neſciat. Concordat §.*1.* *nſt. de obligat. quæ ex delict. naſc.* vbi dicitur, quod furtum lege naturali proibitum eſt admittere.

Obijcitur, quòd apud *Lacedæmonios & AEgyptios* impunè furari licebat. mò apud Lacedæmonios laudi ducebatur furtum committere, nec deorehendi in furto, quod hoc potiſſimum exercitamento cautiores & magis induſtrij fierent adoleſcentes. *Gell. lib.*XI. *noct. Attica. cap.*XVIII. Ergo ure naturali furtum non eſt prohibitum, quia apud omnes gentes furta ion ſunt punita, cùm ius gentium ſit, quod apud omnes gentes peræquè eceptum & approbatum eſt. *l. omnes populi. ff. de inſt. & iu.* Reſpon. Ius genium non eſt æſtimandum ex vnius Populi deprauatis moribus, neque deò quid deſinit eſſe iuris gentium, quòd ab eo vnius gentis corrupti nores deſciuêre. Præterea Gellius tantùm dicit ſurta impunita fuiſſe apud Lacedæmonios; ſed propter impunitatem & pœnæ remiſſionem non eſſat turpitudo delicti. *l. vlt. C. de gener. abolit.* Vnde etiam iſtæ nationes pud reliquas gentes malè audierunt, quod furta impunita relinquerent. Quinimò longè rectius hodie apud *Tartaros & Moſcovitas* homines feros & barbaros leviſſima furta morte puniuntur. Idque ideò fit, quia rariſſina apud eos ſunt oppida, & in tuguriolis aut caſis humilibus fortunæ uiuſque ſunt poſitæ, referente *Bodino libro 6. de Repub. cap. vlt.* Diſſentit ab ac ſententia *Alciat. in d.l.42. de V.S. & lib.1. diſpunct. c.10.* vbi tradit furtum non naturâ, ſed civili lege probrum eſſe.

ASSERTIO LXXIII.

Etiam furti tenetur, cuius ope vel consilio tantùm furtum factum est.

PROBATVR hæc enunciatio *in l.si quis vxori 52. §. neque.ff.de furt.* vbi dicitur, opem ferre, vel consilium dare, tunc nocet, cùm secuta est contrectatio. *fa. l. qui seruo.36. ff.eo.* Eandem sententiam confirmat *l.sæpè 53. de V.S.* vbi dicitur, hæc verba, Ope, consilio alicuius furtum factum esse, separatim & disiunctiuè, non copulatè accipienda esse.

Vehementer pugnat cum hac assertione *§. interdum, Inst. de oblig. quæ ex delic. nasc.* vbi dicitur, quòd qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed consilium tantùm dedit, non tenetur furti. Distinguendum est. Aut postquàm quis consilium dedit, furtum non est secutum; & tunc furti, qui consilium tantùm dedit, non obligatur. Aut furtum secutum est; & tunc tenetur consultor atque hortator ob malignum consilium. Ita *d.§. interdum, supplendus est ex l.in furti 50. §. ope. & §. sequ. & l. si quis vxori 52. in princ. §.neque verbo.ff.de furt.* Quod tunc maximè verum est, si absque consilio furtum facturus non erat, qui surripuit. *arg.l. non solùm.§.si mandato.ff. de iniur.* Ita distinguunt *Accur. in d.l.sæpè, & Minsi. ad d. §. interdum. Inst. de obligat. quæ ex delic.nasc.* A qua sententia dissentit *Wesem. in d. §. interdum.*

Sed adhuc obijcitur, quòd rei turpis nullum est mandatum. *l. si remunerandi. §.rei turpis. ff Manda. l.si à Reo 70. §.vlt ff. de fideiuss.* Ergo ex inhonesto & improbo consilio vel mandato nulla competit actio. Resp. Nullum est mandatum, quoad actionem pariendam inter mandantem & mandatarium, sed quantum ad actionem dandam ei, in cuius perniciem mandatur, mandatum vel consilium turpe & iniustum obligat. *Bart. ad d. §. si mandato. per d.l.si à Reo 70. §.vlt.ff. de fideiuss.*

Planè qui per lasciuiam & absque dolo occasionem furandi alicui præbuit, in factum actione tenetur. *l. si seruus seruum 27. §.si quis de manu. ff. Ad l. Aquil. l.in furti 50. §. vlt.ff. de furt. d. §. interdum.* Imò videtur quòd & eo casu detur actio furti *per d.l. in furti.§.ope.& l.si quis vxori 52. §. si quis de manu. ff. de furt.* Resp. Aut sciebat alios furtum facturos; & eo casu furti tenetur. *l. qui seruo.§.plus Pomponius.ff.de furt.* Aut fecit per lasciuiam, & non eo animo, vt quis furtum faceret; & tunc actione in factum tenetur.

ASSERTIO LXXIV.

Cum actione vi bonorum raptoram, etiam furti manifesti actio competere potest.

CONCVRRIT cum actione vi bonorum raptorum actio furti. *l.1. ff. Vi bo.rapt.* Vtra autem actione teneatur raptor; furti manifesti, an verò nec manifesti, altercantur D.D. Verior est sententia, quam defendunt *Accur.* & *Hotom.* si fiat rapina manifestè, furti manifesti actio competat, alioqui nec manifesti furti teneatur. Itaque si raptor fuit deprehensus in ipso delicto, vel contra eum acclamatum, tenetur etiam furti manifesti. *l. si vendidero 80. §. cùm raptor. ff. de furt.* Si verò non fuit deprehensus, vel non fuit contra eum acclamatum, vt quia armatus vel coactis hominibus inuasit domum alterius, & neminem ibi inuenit, tunc tenetur furti nec manifesti. *l. si quis 52. §. fin. ff. de furt. Cuiac. lib. Obs. 6. c. 2. & in paratit. l. C. Vi bo.rapt. Iason ad §. ex maleficijs. num. 21. Inst. de act.*

Hoc tamen sciendum, quòd cùm furti quis egerit, siquidem manifesti, actione vi bonorum raptorum agere non potest. Si verò nec manifesti egit, potest, vt tamen id tantùm consequatur, quod amplius est in bonorum raptorum actione. Sin autem prius egerit vi bonorum raptorum actione, actione furti nec manifesti experiri non poterit. *d. §. fina. d. l. 1. l. si quis egerit 88. ff. de furt.* Ab hac sententia perperam dissentit *Mins. ad §. 1. Inst. vi bo. rap.* qui tradit, raptorem, licet sit fur manifestus, tamen furti manifesti actione non teneri, sed nec manifesti tantùm.

ASSERTIO LXXV.

Summæ liquidò debitæ, quæ aliter exigi non potest, furtum est illicitum.

QVOD nemo possit propria auctoritate, vel clàm siue furtiuè debitum suum à debitore consequi, sed apud magistratum teneatur exigere iudicio, probatur euidenter ex eo, quòd ideo iudiciorum vigor in medio positus est, ne quis sibi ipsi permittere valeat vltionem. *l. nullus. C. de Iud.* quodque singulis concedendum non est, quod publicè per magistratum

ſtratum fieri debet, ne occaſio ſit maioris tumultus faciendi; & vt ſcandala euitentur, quæ inde exoriuntur, quòd quis ſine iudice, & non ſeruato iuris ordine rem ſibi debitam clàm & furtiuè aufert. *l. non eſt ſingulis. ff. de R. I.*

Obijcitur *l. ait Prætor 10. §. ſi debitorem. ff. Quæ in frau. cred.* vbi dicitur, licere creditori debitorem fugientem propria auctoritate apprehendere, & pecuniam ſecum ferentem ab eo auferre. Similiter traditur *in l. generali 54. C. de decur.* quòd competat manus iniectio ordini in decurionem. Reſp. Iſtæ leges eo demum caſu locum habent, ſi deſit copia magiſtratus, & periculum ſit in mora, quòd tum demum liceat debitorem propria auctoritate apprehendere; ſi inquam euidens periculum ſit, ne debitor aufugiat, & non ſit præſtò copia magiſtratus. Cautum enim eſt iure, quod vbi periculum eſt in mora, à communis iuris regulis receditur, *l. de pupillo. §. ſi quis riuos. ff. de no. op. nunc.*

Secundo aduerſatur *l. eum qui 14. §. 1. ff. de furt.* vbi dicitur, quod emtor qui ſoluto precio rem emptam venditori ſubtraxit, non teneatur furti. Reſpon. Ideo emtor eo caſu furti actione non tenetur, quia venditor cuſtodiam rei venditæ præſtare tenebatur, quo caſu ad exactiſſimam rei cuſtodiendæ diligentiam, & ſic de leuiſſima culpa adſtringitur. *l. 2. & 3. ff. de peric. & comm. rei vend.* Quia autem furtum leuiſſimæ culpæ cuſtodientis imputatur, *l. cum duobus 52. §. damna. ff. Pro ſoc.* hinc fit, vt furtum non emtori, ſed venditori imputetur, propter negligentiam in re cuſtodienda adhibitam.

Tertiò obijcitur *l. cum creditor 55. ff. de furt.* vbi traditur, quod creditor qui rem ſibi obligatam pignori aufert, non tenetur furti. Cui iterum repugnat. *l. 3. C. Vi bo. rapt.* vbi rapiens res ſibi obligatas tenetur actione vi bonorum raptorum, in quadruplum. Reſp. Vel dicendum eſt, quod in dubio creditor auferens pignus, furtum non cenſetur committere, quia hoc non facit animo furandi, ſed vt pignori incumbat. Vel dicendum, quod tum demum creditor furti non teneatur, ſi abſtulit rem vel ex conventione, vel iudicis auctoritate. Ita decidunt *Acc. & Bart. in d. l. cum creditor. per l. penul. C. de pig. act.*

Poſtremò graviter adverſatur *locus S. Scripturæ, Exodi 12. verſ. 34. & 35.* vbi cum Iſraëlitæ non poſſent recipere mercedem ſibi pro labore ab Ægyptijs debitam, commodato acceperunt ab Ægpytijs pocula aurea, argentea, & veſtes, & ijs ſpoliarunt Ægyptios, ſecumque abſtulerunt, nec dicuntur hoc facto deliquiſſe. Reſp. Iſraëlitæ ſpoliando Ægyptios, non peccaverunt, ſiquidem faciebant hoc mandato DEI, & habebant manifeſtum præceptum DEI, qui iuſſerat, vt fraudarent & ſpoliarent Ægyptios, quia debebant

ebebant Ægyptij Israëlitis mercedem pro servitute, & oppressione du-
ssima. Quanquam levis sanè & exigua erat compensatio, pro oppressio-
e Populi tàm diuturna, proque filijs occisis, vasorum aliquot aureorum,
rgenteorum, & vestrum ablatio. Contrariam sententiam, quod licet ali-
ii rem propriam surripere, quando eam per viam iuris, vel iudicem
onsequi non potest, tenent & approbant *Chassan. in consu. Burg. rub. 1. §. 5. in
rb. pour la premiere fois. Covar. lib. 1. Var. resol. c. 2. nu. 15. arg. l. generali 54. C. de decur.
.10. Vivius lib. 2. commun. opin. opin. 133.*

ASSERTIO LXXVI.

Actio de tigno iniuncto datur tam contra bonæ, quàm malæ fidei ædificatorem in duplum.

SIVE quis sciens, siue ignorans tignum alienum ædibus suis iunxit, datur domino de tigno iniuncto actio in duplum. *l. 1. & 2. ff. de tig. iniun. l. in rem 23. §. tignum. ff. de rei vend.* Contra furem siue malæ fidei ædificatorem datur præter actionem de tigno iniuncto, etiam actio ad exhibendum, & rei vendicatio, non vt tignum eximatur aut soluatur (quia non potest solui aut eximi tignum ædibus, vetante id lege 12. tab. ne ædificia ruinosa fiant) sed vt præstetur quanti sua interesse dominus in litem iurauerit. *l. qui res 98. in fin. iuncta. Gl. ff. de solut. d. l. 1. in fi.* Quæ actiones dissoluto ædificio dantur contra eundem, licet dominus duplum iam sit consecutus: *l. 7. §. cùm in suo. ff. de acqu. rer. dom.* Ille verò qui bona fide tignum alienum ædibus suis iunxit, soluto duplo liberatur. Ita accipiendus est. *§. cùm in suo. Inst. de rer. diuis.* vbi dicitur, potest dominus, si non sit duplum consecutus, diruto ædificio tignum vendicare, vt hoc obtineat in bonæ fidei possessore, qui soluto duplo aliis actionibus liberatur. Hac distinctione has leges conciliat *Fornerius ad l. tigni 62. ff. de verb. sin.*

Illud autem notandum, quòd lex 12. tab. solùm cauit de tigno furtiuo, vnde appellatur tignum furtiuum *in d. l. 1.* Idque aperrè comprobat *l. de 63. ff. de dona. inter vir. & vx.* Ideoque & statim post titulum de furtis collocatur titulus de tigno iniuncto, quòd ea actio solùm ad tignum furtiuum pertineat. Nihil impedit tamen, vt nihilominus id furtiuum dicatur, licet a bonæ fidei possessore ædibus sit iniunctum: quia nihil vetat, quo minus tignum ab alio surreptum, alius bona fide includat & iniungat.

Obijcitur, quòd bona fides non patitur duplum præstari à bonæ fidei possessore. *l. bona fides. ff. de R.I.* Resp. Hoc fit ideò, quia dominus contra voluntatem suam priuatur rei suæ dominio, tum etiam quòd magni solet interesse domini, tignum ei non auferri, quod ad structuram ædificij sui iam paratum & aptatum habebat. *Cuiac. lib. 23. Obs. c. 19.* ita respondet, quòd ideò teneatur in duplum, qui bona fide tignum alienum ædibus suis iunxit, quia scilicet apud eum conceptum est tignum furtiuum. Concipere est inuenire & deprehendere, est quædam actio furti concepti. Et hoc est, quod ait lex XII. tab. tignum ædibus iunctum & conceptum, quòd sit specialis actio tigni concepti in duplum. Contra ignorantem ergo, id est, qui tignum alienum furtivum ignorans ædibus suis bona fide iunxit, datur actio de tigno iniuncto in duplum, si sit furtiuum; si non sit furtiuum, dabitur actio prætoria in factum pretij nomine in simplum. *d. l. in rem. §. item quæcunque. d. l. qui res. §. vlt. d. l. de eo.*

ASSERTIO LXXVII.

Conuicij veritas non excusat conuiciantem, quo minus teneatur iniuriarum actione, iuxta communem DD. opinionem.

QVICQVID ad contumeliam vel infamiam alicuius dicitur, quod vel infamia facti apud bonos viros eum grauat, vel contemtibiliorem apud alios eum reddit, iniuria est, etiamsi quod obijcitur, verum est. Nec enim sufficit veritas criminis, sed necesse est ex alia causa obijci, quàm contumeliæ gratia. Et in actione iniuriarum non tam veritas conuicij, quàm voluntas & libido iniuriantis attenditur. Facit *l. 2. in fin. princ. C. Quan. & quib. quar. pars. lib. 10.* vbi dicitur, quod alterius defectus, vitia vel infamiam sine causa detegere, in humanum & iniuriosum est. Hæc est verior & communior DD. opinio & probatur. *per l. 3. C. de off. rect. prouin. in verb.* si veræ voces sunt, nec ad libidinem per clientelas effusæ. *Wesem. in parat. de iniur. nu. 8. Fachin. lib. 9. contro. iur. c. 10.*

Obijcitur *l. eum qui 18. ff. de iniur.* vbi dicitur, Eum qui nocentem infamat, non est æquum ob eam rem condemnari; peccata enim nocentium nota esse oportet & expedit. Communiter ita distinguitur. Aut obiectum crimen detegi, interest Reipub. & tunc iniuriarum non tenetur, qui

verum

erum crimen obijcit, vt si quis alium proditorem homicidam, adulterum, vel leprosum esse per convicium obijciat. Si verò non intersit Reipublicæ id crimen detegi, vt si quis aliquem appellet fatuum, luscum, mendicum, vel spurium, tunc iniuriarum actio competit contra iniuriantem. *l. quod Reipublicæ 33. ff. de iniur. l. siquidem aviam 10. C. de iniur. l. vnic. C. de famos. libel.* Ita ex communi DD. sententia distinguunt *Gail. lib. 2. Obseruat. 99. Rober. lib. 2. sent. iur. cap. 7. Corras. lib. 6. Miscel. cap. penul. Covarru. lib. 1. var. resol. c. 11.* Huc non inconcinnè illud referendum, quod scribit *Horat. lib. 2. Satyr. 1.*

Si mala condiderit in quem quis carmina, ius est
Iudiciumq́; esto, si quis mala, sed bona si quis
Iudice condiderit, laudatur Cæsare, si quis
Opprobrijs dignum latraverit, integer ipse
Solventur risu tabulæ, tu missus abibis.

Planè si mutuis convicijs inter se aliqui certaverint, vt si delictum aliquod in fame obijcienti alicui dicatur, tu mentiris, verius est delictorum compensationem fieri. *l. viro 39. ff. Sol. mat.* vbi dicitur, quod paria delicta mutua compensatione dissolvuntur. *l. si ambo. 10. ff. de compens.* Idque *Bart. & Castrensi* probatum est, *in l. quæ omnia 25. §. 1. ff. de procur. Iasoni in l. vt vim. ff. de iust. & iur. Gail. lib. 2. Obs. cap. 100.* Contra quam *Iulius Clarus* communiter receptum perhibet. *in §. quæro etiam. vers. iniuria. de iniur. Villalobos in commun. opin.*

ASSERTIO LXXVIII.

Actio iniuriarum prætoria, anno continuo finitur; actio verò iniuriarum ex l. Cornelia, est perpetua.

QUOD anno continuo duret actio iniuriarum prætoria, probari potest *ex l. si non conuicij. C. de iniur.* vbi cùm simpliciter lex dicit eam anno finiri, hoc de continuo anno est accipiendum. Quoties enim in iure tempus vtile non exprimitur, semper continuum esse intelligitur. *tex. in l. genero. ff. De his qui not. infa. & ibi Bart. num. 1. l. siue pars. C. de dilat. l. vlt. ff. de diver. temp. præscr. Gloss. notab. in Clem. vnic. in verb. comtinuum, de rest. in integ. Gail. lib. 2. Obs. c. 105.* vbi actionem iniuriarum anno continuo finiri decidit.

Obijcitur, quòd iniuria scripto illata, vt si quis aliquem famoso libello

traducat, perpetuò duret, & maneat, semperque loqui censeatur, ideoque semper iniuria fieri & perdurare intelligitur. *Zaz. ad l. cùm lex. ff. de legib. per l. Arriani. C. de hæret.* Resp. Iniuria non à scriptura vel libello, sed à voluntate & animo potius iniuriam inferentis æstimatur. *l. 1. ff. de iniur. l. qui iniuriæ. ff. de furt.* Hic autem animus contumeliæ, à quo hæc res penditur, potest non durare, quia voluntas hominis est mutabilis, etiamsi scriptura duret. Ita decidit *Wesem. consil. 22. num. 7.* quòd etiam actioni iniuriarum ex iniuria scripta descendenti anno præscribatur.

Secundò obstat, quòd iniuria per metum illata, dicatur anno vtili exolescere. *l. 14. §. post annum ff. Quod met. caus.* Resp. Hoc speciale est in iniuria per metum illata, hæc enim grauior est alia simplici iniuria, ideoque hæc actio diutius durat.

Actio iniuriarum *ex l. Cornelia* est perpetua, quia à lege introducta est, actiones autem ex legibus descendentes sunt perpetuæ. *Inst. de perp. & temp. act. in princ.* Et hæc sententia, quòd pro omni iniuria, quæ manu fit, seu quæ *ex l. Cornelia* descendit, actio iniuriarum perpetuò competat, communi DD. opinione est recepta. *Not. Fab. in l. si non conuicij. C. de iniur.* Et ita *in Camera imperij* iudicatum notat *Mins. cent. 1. Obser. 84. & cent. 5. Obser. 8.* Dissentit *Gail. lib. 2. Obser. cap. 104.* vbi iniuriam scriptura factam perpetuam esse, *in Camera imperij* iudicatum refert, vnde post annum quoque actio de iniuria per famosum libellum illata, intentari poterit.

ASSERTIO LXXIX.

Carcer de Iure ciuili pœna non est.

HÆc assertio expressè traditur *in l. aut damnum 8. §. solent. ff. de pœn.* vbi inquit Vlpianus, sententiam non valere, qua quis damnatus est, vt in carceribus contineatur, quia carcer non ad puniendos, sed ad continendos homines haberi debet. *l. 1. & l. vlt. C. de custod. reor.* vbi *Imp. Constantius* rescribit, quod carcer innocentibus miserum septum, noxijs non satis seuerum dignoscitur esse supplicium. Nemo ergo ad perpetua vincula damnari potest, quia hæc non est legitima pœna à iure admissa. *l. mandatis 35. ff. de pœn.*

Sed refragatur *l. Diuus. ff. de custo. & exhib. reo. & l. 2. C. eo.* vbi dicitur, quòd qui graue scelus admisit, debet carceris pœnam sustinere, cùm de admisso crimine constiterit. Respon. Non debet Reus perpetuis vinculis

propter

ropter delictum perpetratum damnari, verùm ad tempus tantùm cutodiæ causa in carceribus detinendus est, donec de intentato crimine dinum subeat supplicium.

Secundò repugnat *l. S C^to 38. ff. de iniur.* vbi qui ad statuam Principis ad inuidiam alicuius aufugit, in publica vincula mittitur. Similiter traditur *l. 1. in fin. ff. de aleator.* quòd qui compellit aliquem ad ludendum alea, in latumias, hoc est, loca cædendis lapidibus destinata, vel in vincula publica duci debet. Resp. Aliud est vinculis publicis quem detineri, aliud verò ad perpetuos carceres damnari: nam qui in vincula seu ergasteria publica mittitur, hic nihilominus vsum ciuitatis retinet. Qui verò ad perpetuos carceres damnatur, ille ab omni hominum commercio & conuersatione remouetur, & carceris claustris inclusus, ciuitatis vsum amittit. Leuior ergo est damnatio ad vincula publica, quàm ad perpetuos carceres; vt disertè ostenditur *in l. succurritur 9. ff. Ex qu. cau. maio.* Limitatur hæc assertio, vt non procedat iure Canonico, quo pœna carceris perpetui probatur, vt *in c. nouimus. de sent. excom. c. antiqua de hæret. c. quamuis. dè pœn. in 6.* Sic conuictis de praua hæresi assignari solet pro pœna perpetuus carcer. *vt commissa de hæret. in 6. Clem. 1. de hæret.* vbi DD. De pœna perpetui carceris plura scribunt *Petr. Gregor. lib. 21. Syntagm. cap. 33. nn. 23. & 24. Menoch. lib. 1. de arbitr. iud. quæst. quæst. 89. Gail. lib. 1. de pace publ. c. 1. nn. 32.* Vide & *Cuiat. lib. obs. 4. cap. 34.* vbi tractat de illegitimis & interdictarum pœnarum generibus iure ciuili, inter quæ recenset has pœnas, ne quis inedia vel fame necetur, item ne quis carcere perpetuo pœnæ causa contineatur, denique ne quis pœnæ causa quæstioni vel tormentis subiiciatur.

ASSERTIO LXXX.

Etiam in meretricem nuptam adulterium committitur.

VINDICATVR adulterium, non solùm in vxore iusta, sed etiam vulgari, quæ quæstum corpore fecit, & pudicitiam vulgauit. *l. si vxor 13. §. 1. ff. Ad l. Iul. de adult.*

Sed obiicitur, quòd dicitur *in l. si ea quæ 22. & l. quæ adulterium 29. C. Ad l. Iul. de adult.* vbi constituitur, in prostitutis fœminis adulterii crimen cessare. Respon. Istæ leges ita sunt accipiendæ, quòd istæ fœminæ prostitutæ pudicitiæ, pœna quidem adulterii teneantur, verùm viri cum iis consuetudinem habentes leuius & mitius puniuntur. Ratio est,

quia thorum alienum violasse non putantur, vtpote cùm pudoris apud ipsas, quæ se omnibus prostituunt, nullus habeatur respectus, atque hujusmodi mulieres non amplius pro vxoribus, sed pro scortis sunt habendæ, quantum ad pœnam Viri attinet, qui cum illis prostitutis rem habet. *Wesemb. ad tit. ff. Ad l. Iul. de adult. num. 6. Ita in curia Electoris Saxoniæ prouinciarum*, atque Ordinariam pœnam maritis, cum hujusmodi coniugatis fœminis prostitutis consuetudinem habentibus, remissam esse, ex receptiori DD. opinione testatur *Daniel molle. lib. 2. semest. c. 36.* Aliter has leges explicat *Alciat. lib. 2.* παρεργῶν *c. 20.* vbi accipit vxorem vulgarem pro plebeia, seu obscuro loco nata, seu ex aduentitio vulgo, *allato loco ex Suetonio in Vitellio. c. 2.* vbi inquit, Ex muliere vulgari Antiochi cujusdam furnaticam exercentis filia, equitem Romanum genuit.

ASSERTIO LXXXI.

Sponsa de adulterio accusari potest.

CONTROVERSA quæstio est, vtrùm sponsa, quæ nondum contraxit matrimonium, possit accusari de adulterio, si fornicetur. Verior tamen est sententia, eam non simplicem scortationem, sed potius adulterium committere. Quod euidenter probat *l. si vxor. 13. §. Diui. ff. Ad l. Iul. de adult.* vbi Diui Seuerus & Antoninus rescripserunt, etiam in sponsa adulterij crimen vindicandum, quia nec matrimonium qualecunque nec spem matrimonij violare permittitur. Idem confirmat *d. l. si vxor. §. si minor.* vbi deciditur, si minor XII. annis in domum viri deducta adulrium commiserit, moxque apud maritum ætatem excesserit, cœperitque esse vxor, non poterit quidem iure viri accusari ex eo adulterio, quod in minori ætate commisit, sed quasi sponsa accusari poterit, ex rescriptio D. Seueri, quod supra relatum est. Denique hanc sententiam apertè comprobat *l. propter 7. C. Ad. l. Iul. de adul.*

Obiicitur, quòd non potest dici adulterium, quia per fornicationem non violatur thorus connubialis, qui nondum est, nudis sponsalibus tantùm contractis. Respondendum. Sufficit in crimine adulterii, vt spes iusta matrimonij violetur. *d. §. Diui.* quæ spes vinculum matrimonii inducit, donec vel alio matrimonio, vel repudio dissoluatur. *l. 2. §. in sponsalibus. ff. de diuor. & repud.*

Secundò aduersatur *l. miles 11. §. quærebatur. ff. Ad l. Iul. de adult.* vbi dicitur, quòd vir iure mariti non possit accusare eam fœminam, quæ cùm ei desponsata esset, alii à patre in matrimonium tradita fuit. Ex quo apertè probatur,

atur, mulierem desponsatam vni, altere nubere posse sine crimine dulterii; cùm tamen ea quæ durantibus primis sponsalibus alteri denuò secundò nubit, adulterii crimen committat, & infamia notetur. *l. 1. ff. de his qui no..nsa.l.eum qui duas.C. Ad l.Iul.de adul.in verb. etiam crimen stupri committit*, quasi dicat, non solùm crimen stupri, sed etiam adulterij committ, qui binas nuptias, bináve sponsalia eodem tempore constituta habet. *l.* 1 Respondendum. Quando à sponsalibus primis discessum est, tunc on committitur adulterium ab ea, quæ contrahit matrimonium cum lio. vt *in d.*§. quærebatur. qui expressè hoc innuit, dum vtitur hisce veris, Priori desponsa puella, à patre in matrimonium alii fuit tradita. Sed bi non discessit à prioribus sponsalibus, neque separauit se à priori spon, & durante isto statu contrahit matrimonium vel sponsalia de præsenti um alio, tenetur crimine adulterii, quia eodem tempore bina sponsalia, el binas nuptias, vel sponsalia cum aliis nuptiis simul constituta habet. a prædictas leges eleganter conciliat *Sarmientus lib.* 1. *Select. interpretat. c.* 5. ide etiam de hac quæstione differentem *Cuiat. lib.* 6. *Obseru. cap.* 16. & *br.*20.*c.*16.& *Anton.Fabr.lib.*3.*coniectur. iuris c.*6.

ASSERTIO LXXXII.

Immunitatem à pœna legis Corneliæ, præbet corporis, non famæ, non bonorum defensio.

PRo defensione bonorum & famæ non licet quempiam impunè occidere, nisi cum rerum seu bonorum defensione etiam periculum vitæ fuerit coniunctum. *arg. l. vt vim. ff. de iust. & iu. l. scientiam* 45. §. *qui m aliter. ff. Ad l. Aquil. l.* 1. §. *vim vi. ff. de vi & vi arm.*

Obiicitur quòd fama hominis & vita æquiparantur. *l. iusta. ff. de manu. nd. l. isti* 8. *ff Quod met. cau.* Respondendum. Ista comparatio admittitur in rtis casibus, vbi est par & eadem ratio, videlicet quoad restitutionem integrum concedendam ex iusto metu illatam. Verùm in hoc grauissimo crimine homicidii excusando, non sufficit honoris & famæ iaura.

Secundò obiicitur *l.* 1. *C. Vnde vi. & l.* 3. §. *eum igitur. ff. de vi & vi arm. l.* 6. *C. d l. Iul. de vi pub.* vbi dicitur, posse vim illatam in bonis vi licitè repelli, & cere eum qui nos de possessione deijcit, iterum armis repellere. Respondendum. Potest quidem possessionem suam armis quis tueri & recuperare, sed

ſed pro defenſione bonorum non licet hominem occidere, niſi etiam periculum vitæ ſimul intentetur. *l. ſi ex plagis 52. § 1. l. ſcientiam 45. §. qui cùm aliter. ff. Ad l. Aquil.* Expedit enim potius tunicam & pallium relinquere, & rerum ſuarum iacturam ſuſtinere, quàm pro conſeruandis vilibus rebus hominem occidere. *c. ſuſcepimus. ext. de homicid.* fac. huc elegans tex. *in l. ſi ex plagis 51. §. tabernarius. ff. ad l. Aquil.* Pulchrè *Andr. Gail. Germaniæ Papinianus lib. 1. Obſer. 6. 110. nu 4.* Sanxit idem *Imp. Carolus V. in ſuis conſtitut. artic. 144. & ſequ.* Adde *Petrum Coſtal. in l. vt vim. ff. de iuſt. & iur.*

Tertiò obſtat *l. 4. ff. Ad l. Aquil.* vbi dicitur, furem nocturnum occidere licere, ſi modò id ipſum cum clamore teſtificetur. Reſpon. Hoc quidem permiſſum fuit legibus XII. tabularum; ſed tamen ea lex non fuit vſu recepta, nam non aliter, qui occidit furem nocturnum, impunè feret, quàm ſi eum apprehendere non potuerit ſine periculo, puta quòd is cum telo eſſet, ſeque telo defenderet. *l. furem. ff. Ad l. Corn. de ſicar. Cuiac. lib. Obſer. 14. c. 15. Forne. lib. 1. ſelect. cap. 22.* Diſſentit ab hac ſententia *Fachin. lib. 1. contro. cap. 30. 31. & 32.*

ASSERTIO LXXXIII.

Homicidium per ebrietatem commiſſum, ordinaria l. Corneliæ pœna puniendum.

SI quis per ebrietatem aliquem occidit, ab ordinaria legis Corneliæ pœna non liberatur. Quod probatur hoc argumento, quòd illicitæ rei vacantem non debet excuſare ſua improbitas. *l quod quis ex culpa 203. ff. de R. I. l. nec id iniquum 15. ff. Si quis omiſ. cauſ. teſt.*

Huic tamen ſententiæ repugnant alia duo iuris loca. Primò aduerſatur *l. omne 6. §. per vinum. ff. de re. milit.* vbi dicitur, per vinum aut laſciuiam lapſis capitalis pœna remittenda eſt.

Secundò refragatur *l. vnic. C. Si quis Imp. maled.* vbi Diuorum Impp. conſtitutione à pœna immunis eſt, qui ebrius Imperatorem ſuggillauit. Communiter DD. diſtinguunt hoc modo, quòd magna ebrietas, quæ mentem aufert, pœnam mitiget; modica autem & parua ebrietas in delictis ab ordinaria pœna non liberet. *Weſemb. in parat. ff. Ad l. Corn. de ſica, num. 24.* Mihi tamen probabilius videtur ita poſſe diſtingui. Aut delicta ſunt talia, quæ per pœnitentiam reuocari poſſunt, & in his ebrietas pœnam mitigat vel remittit. Vtputa ſi quis per ebrietatem crimen aut conuicium

licui obiecit. Si enim eum, cùm ad sobrietatem redierit, eius pœniteat, pœna minuenda, aut in totum remittenda est. *arg. l. quicquid calore 48. de R. I. c. cùm apud. 11. quæst. 3.* Aut delicta sunt huiusmodi, quæ per pœnitentiam reuocari non possunt; vt si quis occiderit hominem, adulterium vel stuprum commiserit, tunc non posset vllatenus per pœnitentiam mitigari ut excusari delictum, etiamsi fuisset calore ebrietatis perpetratum. Angelus *in l. si non conuicij. C. de iniur. Lanfran. ad tit. de confes. num. 3. & 4.*

Notanda quoque est elegans distinctio tradita *ab Andrea Gail. lib. 2. Obs. 110. num. 23. & seqq.* vbi distinguit inter ebrietatem, quæ casu, clam & ignoranter irrepit, & ebriositatem, quæ ex habitu vicioso & continuato nascitur, vt huic ordinaria pœna, illi arbitraria & mitior imponatur. Sic exempli gratia, *Noah* qui primus vineam plantavit, correptus vini dulcedine fuit aliquando ebrius, *Genes. 9.* quamvis absit, vt propterea dici debeat ebriosus. Vide latius de hac quæstione *Menoch. de arbitrar. iudic. lib. 2. centu. 4. casu 126.* Non prætermittenda quoque est, *Pittaci lex relata ab Aristot. Polit. 2. c. vlt.* qua iubet ebrios, si quem pulsaverint, verberaverint, aut insolens & violentum aliquid perpetraverint, maiorem pœnam luere, quam sobrios. Nam eo quod plures sunt ebrij, quam sicci, qui petulanter alios lædant: noluit intueri veniam, quæ potius danda est vino sepultis, sed commodum & vtilitatem societatis humanæ. Causa legis huius ferendæ fuit. *Pittaco,* quia sæpius ebrij alios pulsant, quam sicci. Iam regula iuris est, Quò frequentiora sunt delicta, eò gravius punienda. *l. aut facta 16. §. vlt. ff. de pœn.* vbi dicitur, crescentibus delictis maleficiorum pœnas exacerbari; In summa ebrius delinquens duplici pœna est afficiendus, cum sit in eius potestate ebrium non fieri, quod id efficere non studuit; deinde ob patratum scelus. Hinc fideliter moneo adolescentes vt sedulò, sibi ab immoderato vini vsu caveant, sequantur & consilium prudentissimum *Horatij,* quod ita habet,

Lusisti satis, edisti satis, atque bibisti,
Tempus abire tibi, ne potum largius æquo,
Rideat, & pulset lasciva decentius ætas.

Hanc posteriorem sententiam amplectitur quoque diligentissimus & solidus I C. *Hieron. Treutlerus in disputationibus ad Pandectas, disput. de pact. thes. 5. lit. a.* dum inquit, ob delicta in ebrietate commissa, pœnam remittendam aut mitigandam non absolutè concesserim.

ASSERTIO LXXXIV.

Pœnæ l. Corneliæ subiacet, qui poculo amatorio quempiam interfecit.

TRADITVR & proponitur hæc decisio apertè *in l. si quis 38. §. qui abtionis. ff. de pœn.*

Sed obijcitur *l. in lege. ff. Ad l. Corn. de sicar.* vbi habetur, quod nuquam debet imponi pœna mortis, quando committitur homicidium sie dolo. Idem traditur *in l. 1. §. Diuus. & l. Diuus. ff. Ad l. Corn. de sica.* vbi pro regula traditur, nunquam pœnam mortis inferri, sine dolo, & proposi occidendi. Atqui ille qui poculum amatorium alicui propinat, non habet propositum aliquem interficiendi, sed intendit hoc philtro seu phamaco amorem puellæ vel mulieris sibi conciliare, & sic est extra dolur Resp. In hoc casu interuenit dolus saltem implicitus, ex eo, quòd fec rem illicitam, dando poculum amatorium, ex quo verisimiliter potu sequi mors, vnde tenetur pœna mortis. Si verò sine dolo malo cau amoris liciti dedit pharmacum vel philtrum, ex quo mors secuta est, il qui dedit, non tenetur pœna ordinaria legis Corneliæ, sed tantùm pœr relegationis, damnationis in metallum, amissionis bonorum, vel alia extraordinaria.

Secundò aduersatur *l. 3. §. sed ex SCto. ff. Ad l. Corn. de sica.* vbi quæ dedi poculum conceptionis, ex quo mulier mortua est, non punitur ordinari pœna legis Corneliæ, sed tantùm relegari iubetur. Resp. Ibi dedit medicamentum causa rei licitæ, scilicet causa conceptionis, ideoque cessat pœna ordinaria homicidii: Qui verò dat philtrum, vel poculum amatoriun impudici amoris, vel abortionis causa, dat operam rei illicitæ, ergo al ordinaria pœna non excusatur, si his illicitis remediis hominem quis interficiat. Hanc sententiam defendit *Coras. lib. 1. Miscel. c. 24.* vbi eum, qui poculo amatorio hominem occidit, vltimo supplicio damnandum concludit; licèt ab Areopagitis fœmina hujus criminis rea sit absoluta. Cujus rei testimonium extat apud *Aristot. lib. 1. Ethic. c. 16.* vbi ita scribit. Ferunt olim quandam mulierem cuidam poculum amatorium dedisse, qua potione ille mortuus sit, eamque mulierem ob hoc crimen in Areopagum pertractam, judicum sententijs fuisse absolutam, ea ratione, quod id minimè futurum præuiderat: amoris siquidem cupidine occæcata id fecerat, non ea mente, vt hominem perderet, sed sibi soli seruaret. Vbi ergo animus

ius peccandi non est, ibi nec pœna, nec supplicium esse debet, cum ea untaxat puniantur, quæ sunt voluntaria. *Alcia.lib.7.Parerg.c.pen.* vbi tamen ıbijcit, non rectè judicasse Areopagitas, & allegat exemplum in Lucre- o poëta, quem Lucilia vxor amatorio poculo in furorem traxit, vude & ıoituus est, vt legitur apud Hieroymum.

ASSERTIO LXXXV.

Qui Titium interficere volens, Seium interfecit, lege Cornelia tenetur.

RATIO assertionis est, quia dolus in genere, itemque animus occidendi adfuit. Ita probat text. singularis *in l. eum qui 18.§.si iniuria.ff. de iniur.* Sufficit enim in crimine homicidij dolus in genere, licèt non t commissus in specie. Probat etiam hanc sententiam *l.scientiam 45.§.pe- ıl. ff. Ad l. Aquil.* vbi dicitur, quòd qui defendendi sui causa lapidem in duersarium projecit, & prætereuntem percussit, tenetur lege Aquilia ad tteresse. Hanc decisionem tuetur etiam *Bart. in l. perspiciendum x 1. §.2.ff.de pn.*

Sed obijcitur *l.3.§.fina.cum l.sequ.ff.de iniur.* vbi traditur, quòd si quis vo- it percutere seruum proprium, & ex errore occiderit alium liberum ho- inem, non tenetur injuriarum. Respondendum. Ibi non interuenit do- s, neque percussor habuit animum delinquendi, ideoque error eum ex- ısat. Nam dedit operam rei licitæ, existimans se seruum suum cædere, ıod domino licet. *toto tit.C.de emend.seruo.* Ita eum textum declarat *Bartol. loco.* quem sequitur *Coras.lib.4.Miscel.cap.11.*

Secundò repugnat assertioni, quòd omnis actus errore gestus, nunquam ɔcet gerenti, quia consensu caret. *l.si per errorem.ff.de iurisd.* Respon. Licèt ror commissus sit in persona, tamen in genere delinquens consensit in elicto, & habuit animum hominis alicujus occidendi.

Obstat denique *d.l.respiciendum x 1.§.penul.ff.de pœn.* vbi dicitur, casu eum elinquere, qui cùm venando telum in feram mittere vellet, hominem terfecit. Atqui si casu dicitur deliquisse, extra culpam est, ac proinde on puniendus est. Similiter nec ille pœna afficiendus est legis Corneliæ, ui cùm Mæuium occidere vellet, Seium interfecit; quia casu videtur de- quisse. Responden. In prædicta specie, ille qui cùm inter venandum lo feram petere volebat, hominem interfecit, non punitur corporali- r, quia operã dedit rei licitæ. *Bart.in d.§.penult.* Approbat hanc solutionem

Fachin. lib.1. contro. iur.c.37. Gomezius lib.3. Var. resol.c.3.nu.37. Diversum sentiunt *Angel.ad l.si cum servo.4.ff.de iniur. Iason ad l.1.nu.18.ff.de iniur. Tyraqu. de pœn. leg. temper. cap.14.nu.4.*

ASSERTIO LXXXVI.

Lex Iulia peculatus, non solùm de pecunia ciuitatis Romanæ, sed etiam aliarum ciuitatum accipienda est.

LEx Iulia peculatus eos coërcet, qui pecuniam publicam furati sunt vel interceperunt, *l.1.ff. Ad l.Iul. pecul.* Dicitur autem pecunia publica, quæ ad Pop. Romanum pertinet, nam aliæ ciuitates habentur loco priuatorum. *l. eum qui 16.ff. de V.S.* Vnde quæritur, an & is teneatur crimine peculatus, qui aliarum ciuitatum pecunias expilat vel surripit. Quod negat *l.ob pecuniam 81.ff.de furt.* quæ dicit eum quidem furti actione teneri, non autem crimine peculatus. Cui tamen è diametro repugnat *l.4.§.fin.ff. Ad l.Iul.pecul.* vbi dicitur, eum qui de re ciuitatis aliquid surripit, peculatus crimen committere. Respon. ex sententia Duareni, quòd qui ciuitati vel municipio pecuniam surripit, ipsa quidem lege Iulia peculatus non tenetur: sed postea constitutionibus Imperatorum Traiani & Adriani cautum est, eum quoque peculatus crimen committere; qui Imperatores legem Iuliam peculatus ad hunc casum extenderunt. Ita tradit *Duare.lib.2.disp.cap.26.* Confirmat *Alcia.lib.1.dispunc.c.3.* vbi tamen in antiquo exemplari in *d.l. ob pecuniam.* ita legi notat, Ob pecuniam ciuitati subreptam, furti, nec non crimine peculatus tenetur. Quod improbat *Anto. August.lib.1.emend.c.3.* Approbant hanc sententiam *Fornerius lib.2. selection.c.22.* Aliter *Rævardus lib.2. de ambignit. cur.c.19.* has leges conciliat, qui distinguit, quod aliud sit subtrahere pecuniam civitatis, aliquid de re civitatis aliquid surripere. Curator Reipub. qui ex pecunia civitatis aliquid subtraxit, administrationis fraudulentæ, non criminis alicuius arguitur. Qui rem quæ in vsu Populi est, & iure dominij ab eo possidetur, clam aufert ex ærario publico, non furti actione, sed peculatus crimine tenetur. *l.pen.& vlt. ff.de admin.rer. ad civ. pert.* Quod si ignorans id fecit, calculi error retractabitur. *d.l.penult.* Denique *Duareni* sententiam sequuntur. *Pet. Faber lib.1. semest c.22. Menoc.de arbitr. iud.lib.2. cent.6.casu 587.nu.17.* vbi concordes adducit *Iacob.Rebuf. Cœpal. & alios.*

ASSER-

ASSERTIO LXXXVII.

Regna & ditiones suas arbitratu suo Prnicipes minuere non possunt.

REGIA & præclara quæstio est, an Principibus seu Regibus concessum sit ditiones & regna sua sine Populi & subditorum consensu alienare. Et verissima ac juri maximè consentanea est sententia, uòd hoc Regibus jure non sit permissum.

Cui disputationi ansam & occasionem primùm dedit abalienatio ista rouinciarum Italiæ, quam falsissimo titulo donationem Constantini lagni vocant. Non enim Imp. Constantinus Magnus, sed Pipinus Rex anciæ primò exarchatum Rauennæ, cum omnibus vrbibus vsque ad agna *Venetorum*, *Stephano* II. *Pontifici* dono dedit. Deinde *Carolus Magnus filius pini* eam donationem confirmauit, *& Histriam, ducatum Foroiuliensem, Spoanum & Beneuentanum*, ac alias terras patrimonio Petri adiecit. Ita tradit *alæus in illustribus viris Angliæ*. Deinde ex alienationibus bonorum & ciuitaım Imperij à Carolo IV. Imp. institutis, acriter cœpit hæc quæstio in ranque partem agitari. Cùm enim *Imp. Carolus IV. Venceslaum* filium degnandum Cæsarem curaret, promisit Electorum cuique centum aureoım millia pro consensu & confirmatione: quæ cùm soluere non posset, bligauit illis telonia & vectigalia imperij, item oppida, proprietates, jura : regalia Imperij titulo pignoris obstrinxit. Qua de causa ignauus Cæsar, : decoctor bonorum imperij passim in historijs prædicatur.

Probatur hæc conclusio per *l. Imperatores. ff. de pact. l. 1. ff. de off. proc. Cæs.* vbi rocurarori Cæsaris, non alienandæ, sed benè gerendæ rei potestas perıissa esse traditur. Vnde liquidò apparet, Cæsari eas ditiones, prouincias, ominia, aliaque bona, quæ publici juris sunt, alienandi facultatem non sse concessam.

Secundò accedit ista consideratio, quòd Principes fortassis subditos ios, in ditionem Principis, qui sua potentia in tyrannidem abutatur, ablienare conentur: quòd certè naturæ ac honestati contrarium, & à boni rincipis officio alienum est, & tanquam tyrannicum non debet admitti. liud enim est tyrannum, aliud Regem esse: rex omnia refert ad salutem & ncolumitatem subditorum: tyrannus verò ad suum proprium commolum & voluptatem omnia detorquet.

Tertiò Rex tanquam tutor Populi sui constitutus, regulam tutoribus

præſcriptam ſequi debet, quòd tum demum pro domino habeatur, cùm ſubditis prouidet, non cùm eorum bona alienat & perdit. *l.tutor 27. ff. de adm.tuto.l.interdum 56.§.penul.ff.de furt.*

Quartò confirmat hanc propoſitionem, quòd jure Feudorum, non licet domino feudum alicui conceſſum, ſine ipſius vaſalli voluntate in alium quocunque titulo alienare, imò nec alium de eodem feudo inueſtire poreſt dominus, ſine vaſalli conſenſu. *§.1. Quo temp.mil.inueſt.§.1.de feu. dat.in vic.leg.com.§.3.de l. Corra. in vſib.feud.* Nam eandem fidem dominus vaſallo exhibere debet, quam vaſallus domino præſtat. Si ergo dominus feudi non poteſt feuda, & per conſequens vaſallos ratione feudi ſibi ſubjectos alienare, ſimiliter nec dominus vel Princeps poteſt principatus prouincias, territoria, ciuitates, item ſubditos & incolas, in aliorum Principium imperium & poteſtatem transferre. Non enim ſubditi ſunt in poteſtate Principis, ſed multò magis eius fidei & clientelæ ſunt permiſſi. Accuratè & pulchrè *Hotom.in illuſt.quæſt.qu.1.*

Denique pro confirmatione huius deciſionis facit, quòd præſes prouinciæ non poteſt ſe abdicare imperio, & hoc reſignare, niſi in manus eius à quo poteſtatem accepit. *l.legatus 20.ff.de off.præſ.* Quam legem rectè Butrigarius inducit argumenti loco, quòd donatio, qua *Conſtantinus Magnus Imp.* vti fertur, *Sylueſtro Papæ* vrbem Romam dedit, iure non fuerit valida. Debuiſſet enim Imperator, ſi eum imperij pœnituiſſet, aut partis alicuius adminiſtrandæ, Pop. Romano, à quo acceperat, id reſtituere, non verò alteri tradere, aut poſſeſſionem eius deſertam relinquere. Hæc etiam deciſio comprobatur Jure Canonico, *per expreſſum tex. in c. intellecto 33. ex. de iureiu.* vbi reſcribit ſummus Pontifex Honorius III. quod iura regni, ducatus, Comitatus, etiam interpoſito iuramento non poſſunt alienari.

Obiicitur huic aſſertioni, quòd qui pleno iure dominus eſt, poteſt alienare, perdere, ac diſſipare res ſuas. *l.ſed etſi 25.§.conſuluit.ff.de pet. hered.l.in re mandata. C.Manda.* Ergo & licet Regi ditiones & regna ſua alienare. Reſponden. In alienationibus regnorum non tam agrorum & oppidorum, quàm ciuium & liberorum hominum ratio habenda eſt, quos contra voluntatem eorum alienari, & in poteſtatem fortè alicuius tyranni transferri, durum & iniquum cenſetur. Deinde non debet deterior eſſe conditio ſubditorum, quàm olim fuit libertorum. Atqui non licet jure ciuili heredi, ſeruum cui libertas per fideicommiſſum relicta eſt, alii manumittendum tradere, vt eius fiat libertus, ne fortè duriorem aut iniquiorem conſequatur patronum. *l.inuitus 34.ff.de fid.liber.* Ergo neque domino permiſſum eſt, facta alienatione regnorum, prouinciarum, vel ciuitatum, ſubditos in poteſtatē & dominationē alicuius deterioris Principis vel tyranni transferre.

Secundò

Secundò opponitur *l. Lucius* XI. *ff. de euict.* vbi priuati hominis prædia iussu Imperatoris alienata proponuntur. Resp. Hæc *l.* non loquitur de agris, qui proprietatis iure in ciuium Romanorum patrimonio sunt, sed de prædiis, quæ bello quæsita erant, & non proprietatis, sed possessionis iure fruenda concedebantur: de quibus agitur *in l. quæstio* 115. *de verb. sign.* Eodem pertinet. *l. item prædia* 10. *ff. Fam. ercis.* vbi vectigalia prædia non dicuntur esse nostri patrimonii. *item l. item si verberatum* 15. *ff. de rei vend.* Aliâs de priuatorum agris, nihil ne publico quidem consilio, cum iliorum iniuria capi potuit. *l. venditor.* 13. *ff. Com. præd.*

Tertiò obstat *locus* 1. *Reg. cap.* 9. & 2. *Chronicor. c.* 8. vbi *Salomon Rex donauit Regi Hiram aliquot ciuitates Israelis.* Resp. Salomon Rex non dominii alienandi causa oppida illa viginti Regi Hiramo tradidit, sed ex consilio Populi oppida ei vtenda fruenda dedit, vt ex eorum vectigalibus & fructibus Hiramns suum debitum seruaret, neque illa emtionis iure vt proprietarius possideret, sed tantum antichreseos iure iis vteretur frueretur, donec mutuam pecuniam datam ex fructibus oppidorum & agrorum perciperet. Ita eleganter respondet *Hotom, in illust. quæst. quæst.* 1.

ASSERTIO LXXXVIII.

Actus legitimi non recipiunt diem vel conditionem.

ACTVS legitimi non dicuntur hoc loco omnes actus iure ciuili introducti & approbati, sed legis actiones, quæ solennitate quadam iuris, certisque verborum formulis peraguntur & concipiuntur. *Cuiac. lib. Obs.* 15. *c.* 16. Huiusmodi actus legitimi diem & conditionem non recipiunt, hoc est, non capiunt dilationem ex die vel conditione, sed temporis momento perficiuntur, & præsentem executionem secum trahunt. *l. actus legitimi* 77. *ff. de R. I. c. actus. ex. eo. tit.* Rationem huius regulæ reddit *...ia. lib.* 3. *Parer. cap.* 4. quod videlicet hi actus legitimi à præsenti executione nomen habent, & legis fictione vel interpretatione sunt introducti, ideoque nec suspendi debent per conditionis vel diei euentum, cùm ea quæ à lege statuta sunt, præsentem executionem secum trahant, & dies vel conditio nomini ipsius actus, executioniquue repugnent *l. non quemadmodum* 55. *ff. de Iudic.*

Obiicitur primò, quod emtio, stipulatio, heredis institutio donatio, aliique actus legitimi diem & conditionem recipiunt. *§. omnis. Inst. de verb. obl. §. heres.*

obl.§.heres.Inst.de hered.inst.l.1.& passim.C.de dona.quæ sub mo. Respondendum. Prædicta regula procedit in ijs actibus legitimis, qui *in d.l.* actus recensentur: ij enim omnino vitiantur per diei vel conditionis adiectionem. Nam particula QVI, *in dict.l.* actus posita, restrictiuè non declaratiuè accipi debet, vt scilicet restringatur ad actus seu exempla, quæ in ista lege recensentur. Relatiuum enim QVI, suum antecedens restringit. *l.vlt.ff.de diuort.*

Illud tamen diligenter notandum, quòd alij actus legitimi his similes, & qui eadem ratione & solennitate constant, vtputa manumissio, adoptio, & diuortium, diem & conditionem quoque non admittant. *l.quæsitum.34.ff.de adop.* Neque enim filium vel vxorem temporalem quis habere potest.

Secundò obijcitur *l.primo gradu 23.ff.Quæ in frau.cred.* vbi heredes ejus qui soluendo non erat, ea conditione adierunt hereditatem, vt partem duntaxat æris alieni creditoribus persoluerent. Ergo aditio hereditatis peti potest sub conditione. Respondendum. Ibi conditio significat pactionem ante aditionem hereditatis cum defuncti creditoribus initam, vt scilicet creditores, cùm hereditas non sufficeret ad totum æs alienum exoluendum, certa parte debiti contenti essent, veluti inter heredem & fideicommissarium simile pactum memoratur *in l.*apud Julianum. *in princ.ff. Ad SC. Trebel.* post illam verò pactionem purè adita fuit hæreditas. Sic aditio hereditatis isto casu non censetur facta sub conditione.

Denique aduersatur §. *ad tempus.Inst. Qui testa.tuto.* vbi traditur, tutorem sub conditione, vel ad certum tempus testamento dari posse. Resp. Tutor quidem hoc modo à patre testamento dari potest, sed non à magistratu. *l.muto.§.1.ff.de tutel.* Ea enim tantùm datio tutoris est actus legitimus, quæ fit solenniter à magistratu, inquisitione facta, introductis optimis viris, ex quibus vnus maximè idoneus tutor eligitur, non quæ fit in testamento à patre pupilli. Accedit & altera ratio, quia defectus in testamentario tutore suppleri potest per magistratum; quod secus est in datiuo tutore. Si enim tutoris dationi magistratus adiiceret diem vel conditionem, interim ante diei vel conditionis euentum non esset prospectum pupillo de tutore. Quare datio tutoris facta à magistratu sub die vel conditione, vitiosa est, quia actio magistratus imperfecta esse non debet.

ASSER-

ASSERTIO LXXXIX.

Inuito beneficium non confertur.

HÆc assertio traditur pro regula *in l. inuito 69. de R.I. l. hoc iure 19. §. 2. ff. de donat.* Verùm obijcitur huic assertioni *l. soluendo 49 ff. de neg. gest. l. solutione 23. ff. de solut.* vbi dicitur, quòd qui pro inuito & ignoran- debitore soluit, liberat eum. Idem traditur *in l. soluere 53. ff. de solut.* d tamen quando quis pro inuito debitore solvit, nulla actione nec andati, nec negotiorum gestorum id ab eo repetere potest. *l. si pro te). ff. Manda. l. vlt. C. de neg. gest.* Resp. Regula juris accipienda est de benefi- js, quæ contra juris communis rationem alicui tribuuntur, quæ priuile- a propriè appellantur. Hæc inuito non conceduntur, quia quilibet otest fauori & priuilegio pro se introducto renunciare. *l. penul. C. de pact. actum 46. ff. de pact. l. si quis in conscribendo 41. C. de epis. & cler.* Sic mu- r potest renunciare beneficio SC^{ti} *Velleiani. l. vlt. §. penul. ff. ad SC. Vell.* c minor XXV. annis potest omittere restitutionem in integrum, si læ- s sit, *l. si iudex 41. ff. de minor.* Verùm vt quis pro alio soluat, & eum et- m inuitum liberet, jure communi permittitur, quia naturalis & ciuilis tio suadet alienam conditionem meliorem etiam ignorantis & inuiti os facere posse: cum beneficio hominem affici hominis intersit. *l. ser- s. 7. ff. de seru. ex port.* Sic etiam quod seruus inuito & vetante domino pulatur, domino acquiritur, quia per hoc factum serui conditio do- ini fit melior. *l. seruus vetante 62. ff. de verb. obl.* Denique & illud jure oditum est, quod pro reo iniustè condemnato, etiam eo inuito uilibet potest appellare, quia nemo audiendus est se ipsum per- ere volens. *l. non tantum 6. ff. de appel.* & hominis interest hominem eneficio affici: quod & comprobatur *per l. addictos 29. C. de appel.* vbi tuitur quod pro damnato ad vltimum supplicium quilibet potest ap- llare.

ASSERTIO XC.

Priuilegia realia transeunt ad hæredes, non personalia.

HÆc assertio pro regula juris traditur *in l. in omnibus causis 68.& l.priuilegia 196. de R.I.* Duo autem sunt genera priuilegiorum. Vnum est personale, vbi personæ conditio locum facit beneficio, hoc est, quando persona proxima est causa beneficij; & hoc cum persona extinguitur, & ad heredes non transit. *d.l.69* Tale est beneficium, quod competit marito in repetitione dotis, ne ab vxore, soluto matrimonio, in plus quàm facere possit, conueniatur: hoc priuilegium extraneis heredibus non datur, sed solis filiis. *l.maritum.& l.etiam ff.Sol.mat.* Tale est etiam priuilegium prælationis, quod datur mulieri, quo præfertur cæteris creditoribus in bonis mariti in exactione dotis, vnde nec ad heredes mulieris, filio excepto, transmittitur. *l.vnic.C.de priu.doe.l.vlt.§.exceptis.C.Qui pog.In pig.No.91.*

Aliud est priuilegium reale, quod non personæ, sed rei, causæ aut actioni tribuitur; & hoc ad quoslibet successores transit. Tale est priuilegium actionis funerariæ, vt scilicet, is qui in defuncti funus aliquid impendit, omnibus creditoribus præferatur; heredibus ergo hoc priuilegium quoque tribuitur. *l.penul.ff.de relig.& sump.fun.*

Obijcitur, quòd beneficium restitutionis in integrum, quod datur minoribus xxv. annis, competit etiam eorum heredibus *l.3.§.9.l.18.§.vlt.ff. de minor.* Atqui hoc beneficium censetur esse personale, quia in fauorẽ minorum est introductum. Ergo non est verum, quòd beneficia personalia non transeunt ad heredes. Resp. Hoc beneficium restitutionis in integrum est mixtum, partim personæ, partim causæ: conceditur enim non tantùm propter personam minoris, sed præcipua & immediata causa restitutionis est læsio, ideoque non restituitur minor, nisi causa cognita probet se læsum vel circumuentum. *l. ait Prætor 7. §.non solùm. l.non omnia 44.ff. de mino. l.nam posteaquam 9. §.si minor.ff. de iureiu.* Itaque hoc beneficium restitutionis in integrum minoris hæredibus competit. Sic quoque beneficium SC^ti^ Velleiani datur non solùm mulieri, sed etiam heredibus eius. *l. heredes. C. Ad S C. Vell.* quia rei & causæ cohæret, & Senatus totam obligationem improbat, & à prætore restituitur prior creditor debitori. *l.exceptiones 2. ff. de excep. l.si mulier.16.§.2.ff. Ad S C. Vell.*

Secundò aduersatur *l.si tibi 17.§.pactum.ff.de pact.* vbi dicitur, quòd pacta personalia

ersonalia facta venditori, porrigunt se ad singularem successorem, puta mtorem. Resp. Pacta personalia venditoris non prosunt emtori aut singulari successori, nisi durante vita venditoris, alioqui sicut priuilegia personalia extingunntur cum persona. *arg. l. & hæredi 21. in princ. ff. de pact. Caren. in d. §. pactum.*

ASSERTIO XCI.

Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari.

HÆc assertio adeò vera & indubitata est, vt inter regulas Iuris Canonici referatur *in c. quod omnes, de R.I. in 6.* & varijs exemplis etiam ex iure ciuili comprobatur. Sic enim decisum est, quòd si plures habeant fundum communem, & volunt in eo seruitutem constituere, oportet vt omnium consensus interueniat, vniusque dissensus impediet seruitutem. *l. per fundum ff. de seru. rust. præd.* Similiter si plures habent seruitutem aquæductus ex eodem flumine vel fonte, & dominus velit alijs concedere aquæductum ex eodem flumine, omnes quibus aquæductus debetur, consentire coguntur, quia illorum ius diminuitur, alioqui concessio seruitutis est inutilis. *l. in concedendo. ff. de aqu. plu. arc.*

Obijcitur primò, quòd si fiscus habet rem cum aliquo communem, inuito socio potest eam rem alienare, etiamsi in tali re minimam habeat partem. *l. multum. C. de com. rer. alien. l. 1. C. de vend. rer. fisc lib. 10.* Resp. Hoc speciali fauore fisci est receptum, nempe quòd commodius & maiori pretio venditur tota res, quàm pars ejus. *l. Mæuius. ff. Fam. ercis.*

Secundò aduersatur *l. quod maior. ff. ad Municip. & l. aliud 160. §. refertur. ff. de R.I.* vbi pro regula traditur, quod maior pars Collegij vel vniuersitatis statuit, perinde habetur, ac si omnes statuissent, etiamsi omnes non consentiant. Resp. Aut aliquid est commune pluribus, vt vniuersis, vt sunt bona communia alicuius ciuitatis vel collegij, & in his quod maior pars statuit, sequendum est, quia difficile est omnes consentire. *l. 1. in fi. ff. de acq. pos.* Hinc in decretis collegiorum constituendis, duo trientes collegarum adesse debent, & quod illi statuerint, à maiori parte statutum censetur. *l. nulli. ff. Quod cuius vniuer. no. l. nominationum 46. C. de decur. lib. 10.* Aut aliquid est commune pluribus, vt singulis; & tunc requiritur consensus singulorum, nec maioris partis factum reliquis nocet. *d. l. per fundum.*

Tertiò repugnat, quod dicitur *in l. 7. §. vlt. ff. de pact.* quòd si hæres alicuius debitoris obærati non vult adire eius hereditatem, nisi creditores remittant certã debiti partem, tunc statur iudicio maioris partis creditorum

remittentis debitum, neque audiuntur reliqui dissentientes. Resp. Ideò ibi major pars creditorum præjudicat minori, quia agitur de liberando debitore. Vnde fauore liberationis conuentio illa reliquis nocet, licet alioqui in his, quæ communia sunt pluribus, vt singulis, factum maioris partis non sufficiat. *Costa.ad d.l.7.§.vlt.*

ASSERTIO XCII.

Vtile per inutile non vitiatur.

EXtat hæc assertio descripta *in l.1.§.sed si mihi.ff.de V.O.* & pro regula juris traditur *in c.vtile.de R.I. in 6.* Ex qua multæ juris conclusiones sunt extructæ & definitæ. Hinc decisum est, quòd donatio vltra quingentos aureos facta non valeat, quatenus excedit eam summam, quatenus verò non excedit, valet. *l.sancimus. C. de dona.* Sic etiam si quis sibi & alteri x. aureos stipulatus est, valet stipulatio quoad stipulantis personā in v. quoad alios verò quinque aureos non valet. *§.quòd si quis.Inst.de inut.stip.* Deniq; propter hanc regulam statutum est, vt si vsuræ supra legitimum modum in stipulationem sint deductæ, vt illicitis adiectis pro non adiectis habitis, legitimæ vsuræ nihilominus petantur. *l.pecuniæ. & l.placuit.ff.de vsur.*

Sed huic assertioni refragatur, quòd in aliquibus juris articulis vtile per inutile vitiatur. Sic enim si in duos compromittatur, quorum alter potest esse arbiter, alter non, totum compromissum corruit. Veluti si compromittatur in duos, quorum vnus est seruus, qui non potest esse arbiter, compromissum in totum corruit, & sic vtile per inutile vitiatur. *l. Pædius 7. ff. de arbit.* Resp. Quando ex contrahentiū & disponentiū præsumpta voluntate colligitur, eos non voluisse diuidere actum, tunc vtile per inutile vitiatur. Quod hoc casu accidit, quia ea fuit intentio compromittentium, vt duo dicerent sententiam, non pauciores.

Secundò aduersatur, quod dicitur *in l.1.§.item quæritur.ff.de aqu.quot.& æst.* quòd si jus habeo ducendi aquam per alienum fundum, si solitam aquam ducam, non possum prohiberi; sed si vetitam & sordidam aquam misceam, propterea prohibeor & bonam aquam ducere. Resp. Regula hæc locum non habet in indiuiduis, & inseparabilibus, quando vtile ab inutili separari non potest. Cum ergo aquæductus sicut & reliquæ seruitutes reales habeat causam indiuiduam, vtile propter inutile vitiatur.

Sed huic solutioni refragatur *l.proprium.ff.Com.præd.* vbi traditur, si quis solum vel ædes vendat, addito hoc pacto, vt sibi & vicino seruiat, adiectio vicini pro superuacua accipienda est, ita vt tota seruitus ad eum qui recepit, pertineat.

ertineat. Resp. Ibi vtilis seruitutis acquisitio ab inutili separari potest. Ra-one enim duarum personarum duæ quodammodò seruitutes constitutæ ensentur, & ideò vna vtilis seruitus per alteram seruitutem non vitiatur. g. *l. cui fundus 56. ff. de cond. & dem. Dynus in d. c. vtile.* Vide de hac regu-iuris eleganter differentem *Francisc. Sarmien. lib. 6. select. interpret. cap. 5.*

ASSERTIO XCIII.

Accessorium sequitur naturam principalis.

CONEIRMATVR hæc assertio expressa Iuris regula, *per l. cùm principalis 178. de R. I. & c. accessorium. ex. eo.* Cuius regulæ vsus in multis iuris articulis elucescit, & tam in vltimis voluntatibus, quàm con-actibus procedit. Sic enim si prædium venditum est, venit aquæductus ım prædio debitus, cum alijs accessoriis. *l. si aquæductus: ff. de con. emp.* Si-iliter in testamentis domo legata, hortus illi accessorius debetur. *l. præ-is 91. §. vlt. de leg. 3.*

Aduersatur primò huic decisioni, quod traditur *in l. quid tamen x. ff. Qu. o. vsusf. amit.* quòd si vsus fructus villæ alicui sit relictus, cui fundus ac-essionis loco cedat, quod villa diruta nihilominus debeatur vsusfructus ındi. Resp. Ideò ibi vsusfructus fundi non extinguitur, quia licet fundus llæ sit accessio, tamen non erat legatus tanquam accessorius, sed æquè rincipaliter sicut ipsa villa. Hæc autem regula, quod accessorium sequitur ıturam sui principalis, locum non habet, quando vtrunque legatur vt rincipale. *Peck. ad d. c. accessorium.*

Secundò grauiter huic decisioni repugnat, quod sancitum est. *in l. etsi is 9. de præd. mino. sine decr. non alien.* vbi dicitur, quòd si curator vendidit præ-ıum minoris absque decreto magistratus, ipsa quidem venditio seu prin-palis contractus non valet; sed tamen si curator pro euictione pignora fideiussores dedit, hæ accessoriæ obligationes firmiter adstringuntur. esp. Ibi curator, non non minor vendidit bona absque decreto, & de ıictione promisit, eaque euictio hîc principale est, pro qua accessoriè ona sua hypothecæ obligare potuit. *Peck. d. loco.*

Tertiò obiicitur, quòd stipulatione alteri facta, ipsa principalis obliga-o non subsistit; sed si pœna adiiciatur, hæc pœnalis stipulatio accedens ılet. *l. stipulatio ista. § alteri. ff. de V. O.* Resp. Hæc regula non procedit, quando ia ratio militat in principali, quàm accessorio, quod hic accidit. Nam prin-palis stipulatio non valet, quia alteri nemo stipulari potest, cùm stipula-ones ad hoc sint inuentæ, vt vnus quisq; acquirat sibi, non alteri. Sed hæc

ratio cessat in accessorio, nam qui pœnam stipulatur, sibi acquirit, non alteri.

Quartò & vltimò oppugnatur hæc assertio, quòd hypothecaria actio potest subsistere, sublata principali siue personali, *per l.j. & 2. C. deluit.pign.* vbi hæc facti species proponitur. Debitor sub pignore decessit duobus heredibus relictis: in eos duplex est actio, principalis vel personalis, & hypothecaria seu accessoria. Ex personali tenentur saltem hæredes pro partibus hereditarijs, hypothecaria in solidum, si vel vnus nummus restat, tota res est in pignoris causa. Igitur si vnus ex heredibus soluerit debitum pro parte, sublata est actio personalis, tenetur tamen hypothecaria in solidum. Itaque in cuius persona sublata est principalis & personalis actio, non sublata est hypothecaria. Resp. Regula hæc subinde fallit, quod indicat verbum Plerunque *in d.l.cùm principalis,* positum: potest enim fieri, vt rescisso principali, consistat nihilominus accessorium: nimirum si sit specialis ratio aut singularis prouisio in ipso accessorio, quod in hoc casu procedit, vbi durat hypothecaria sublata personali, quia scilicet indiuisa est pignoris causa & obligatio. *l.rem hereditariam 65. ff. de euict.* Ita eleganter explicat has leges *Cuiacius lib. Obs.5.c.32.* Aliam solutionem vel interpretationem *ad d.l.2. C. de luit.pign.* adfert *Anto. Fab. acutißimus IC. lib.7.coniect. iur.c.18.*

ASSERTIO XCIV.

Qui tacet, consentire videtur.

QUÆSTIO est controuersa, an tacens habeatur pro consentiente. Nam regula iuris ciuilis *in l.qui tacet 142.ff.de R.I.* implicat quandam contradictionem, dum primo dicitur, tacentem non fateri, & mox subijcitur, sed tamen verum est, eum non negare. Præterea duæ contrariæ regulæ iuris Canonici sunt de hoc articulo traditæ. Prima habet, Qui tacet, consentire videtur. Altera, Qui tacet, non fatetur, sed nec vtique consentire censetur. Tacere igitur medium est inter fateri & negare, siue inter expressum consensum, & expressam contradictionem. Porrò quando tacens confiteri vel negare videatur, tali distinctione solet explicari. Si factum sit tale, quod possit à tacente contradicendo impediri, tacens consentire videtur. *l.sæpè. vers.scientibus.ff.de re. iud.* Exempli gratia, Si fideiussor à tutore nominatus patiatur nomen suum in actis scribi, neque contradicas, habetur pro consentiente, quia potuit contradicendo fideiussionem euitare. *l.4.§.vlt.ff.de fideius.tuto.* Sic etiam qui se præsente patitur rem

m suam pignori obligari, & non contradicit, consentire videtur. *l. fideiussor 26. §. pater ff. de pigno.* Si autem talis sit actus, qui potuerit etiam tacente inuito expediri, taciturnitas pro consensu non habetur, sed potius pro contradictione. tex. notab. *in l. Caius 39. ff. de pig. act.* Vbi ille qui tanquam testis subscribit instrumento, in quo alius se emisse rem subscribentis dicit, hæc subscriptio ei non nocet, quia res aliena etiam inuito domino vendi potest. *l. rem alienam. ff. de contr. emp.* Hanc distinctionem tradit *Dynus in d. c. qui tacet.*

Obijcitur primò, quòd præsens in interrogatione, & tacens, ex stipulatione non obligatur, neque consentire videtur. *l. 1. in princ. ff. de V.O.* Resp. Hoc fit ideò quia lex in stipulatione pro forma requirit verba & expressum consensum, vnde taciturnitas nihil operatur, *l. omnes. §. in hac. C. de epis. & cler.*

Secundò aduersatur *l. pen. ff. de furt.* vbi dicitur, si quis præsens sit, & taceat, quando res sua furto aufertur, tantum abest, vt consensisse videatur, vt etiam habeat furti actionem, ac si res eo inuito esset contrectata. Resp. Hoc odio furum specialiter est receptum, qui quòd tacuit dominus, obijcere, & sic propriam turpitudinem allegare non debuerunt. *Peck. ad c. qui tacet. de R.I. in 6.*

Tertiò & vltimò obijcitur, quod varijs in locis iuris decisum extat, quòd inuitus censeatur, qui expresse non consentit. Sic in constitutione procuratoris, pro inuito habetur, qui scit se dari procuratorem, & tacet, licet expresse non contradicat. *l. 8. §. inuitus. ff. de procur.* Item in seruitute imponenda ille censetur inuitus, non solùm qui contradicit, sed etiam qui tacet, & expresse non consentit. *l. inuitum. ff. de seru. vrb. præd.* Ergo taciturnitas non semper inducit consensum. Resp. Quando agitur de persona alicuius obliganda, in dubio tacens non videtur consentire, puta vt quis assumat procuratoris officium. Vel quando hoc agitur, vt res sua alteri seruiat, tacens non præsumitur consentire. *Gl. in d. c. qui tacet.* Quod tamen fallit, si agatur de fauore pupilli vel Reipub. Si enim patre præsente & tacente filius creatur decurio, pater obstringitur pro gestis filij, tanquam fideiussor. *l. 2. ff. Ad Municip.* Sic etiam fauore pupilli obligatur fideiussor, qui patitur nomen suum actis inscribi. *d. l. 4. §. vlt.* Notanda denique est in hac quæstione, an tacens habeatur pro consentiente, hæc communis & recepta DD. distinctio. Aut actus tendit ad vtilitatem tacentis, & tunc tacens censetur consentire. *l. 2. §. voluntatem. ff. Solu. matr.* Aut actus tendit in damnum tacentis, & tunc non habetur pro consentiente. *l. inuitum. ff. de serv. vrba præd.* nisi fauore Reipub. *l. 1. C. de decur. lib. 10. & ibi Bart.* Hanc distinctionem approbat *Costal. in suis adversarijs ad l. si filiusfa. 16. ff. ad SC. Maced.*

ASSER-

ASSERTIO XCV.

Infamibus portæ dignitatum non patent.

TANTA est famæ dignitas & auctoritas, vt infames à Reipub. muneribus arceantur, eosque tantùm gubernationi adhiberi expediat, qui illæsam & integram famam conseruarunt, scilicet vt notatis & famosis, quos scelus aut turpitudo vitæ inquinat, & quos infamia ab honestorum cœtu segregat, dignitatis portæ non pateant. *l.2. C. de dignitat. lib.12. c. infamibus. de R.I. in 6.*

Aduersatur primò quod Vlpianus respondit *in l. generaliter. §. pen. & vlt. ff. de decur.* vbi spurios, & eos qui Iudaicam superstitionem sequuntur, ad dignitatem admittit. Resp. Tum demum hi admittuntur, si aliorum ingenuorum & benè natorum ciuium sit defectus, sicut & aliquando domestici & serui, & aliàs inhabiles admittuntur in testes, quando aliarum probationum non est copia. *l. consensu. C. de repud.* Præterea spurij infamia iuris & facti non rectè dicuntur notati, quæ oritur ex improbis moribus, sed tantùm propter culpam parentum aliquid illis maculæ inhæret, quod eos ab alijs discriminat. *Palæot. in tract. de spurijs c.55. & seq.*

Secundò obijcitur, quòd idem Vlpianus respondit, parui referre, integræ famæ quis arbiter sit, an ignominiosus. *in l. Pædius. ff. de arbit.* Resp. Arbitri nullam habent dignitatem, cùm nudam tantùm & simplicem habeant causarum cognitionem, nullam verò iurisdictionem exerceant.

Tertiò repugnat, quòd dicitur *in §. vlt. Inst. de excep.* infames posse esse procuratores. Resp. Quòd munus procuratoris non sit dignitas, sed potius onus vilissimum, à quo non arcentur infames. *l. si quis procurationem 34. C. de decur. lib.10.* Hodie, quia vsu & moribus officium procuratoris, præsertim in maioribus curijs Principum non est vile, sed honorabile eximium & decorum, infames à procuratorio munere in curiis benè ordinatis arcentur. *Gail. lib.1. Obs. c.43.*

Quartò obiicitur, quòd Reus criminis delatus, post annum quàm delatus est, honores petere non prohibetur. *l. Reus. ff. de mun. & honor.* Resp. Ideò post annum potest petere dignitates, quia si intra annum non est finita accusatio, præsumitur delatus esse innocens, & præsumtio oritur contra accusatorem, quòd calumniosè processit ad accusandum.

ASSERTIO XCVI.

In testamentis plenius voluntates testantium interpretamur.

HÆc decisio pro regula statuitur *à Paulo in l.12. ff. de R.I. Concordat c.cum dilecti. ex. de dona.* vbi dicitur: In contractibns plena, in testamentis plenior, in beneficijs plenissima interpretatio est adhibenda. Vnde & *Vlpianus ait in l.vel negare. ff.Test. quem. aper.* quòd publicè expedit suprema hominum iudicia exitum habere. Exemplum elegans est *in l.pnum 12. ff. de vsu. & habit.* vbi dicitur, quod cui pecoris, id est ovium vsus legatus, neque lana, neque lacte neque agnis vtetur, hæc enim sunt in fructu: modico tamen lacte, quantum sibi necesse est, vtetur, quia non strictè, sed liberius & plenius voluntates defunctorum sunt interpretandæ.

Contra videtur statui apud Vlpianum *in l. nummis.75. de leg.3.* Nummis inquit indistinctè legatis, hoc receptum est, vt exiguiores legati videantur. Idem probatur *in l.cùm seruus 39. §.scio. de leg.1.* Vbi dicitur, si quis duos fundos habens, eiusdem nominis, vnum legauerit, nec appareat, de quo senserit testator, minoris pretij fundum deberi. Ergo vltima voluntas non videtur plenè, sed strictè interpretanda esse. Resp. Quòd legata prædictis casibus accipiuntur de exiguiore moneta, vel fundo, minoris pretij, hoc est ex mente testatoris, qui non creditur voluisse heredem bifariàm grauare: primùm videlicet, vt legatum solueret, deinde vt maioris pretij rem daret. Legati enim præstatio plerumq; eatenus interpretanda est, vt quàm minimum oneret heredem. *l.vnum ex familia. §.si rem tuam. de leg.2.* Alioquin legato generaliter relicto laxior fit interpretatio de re medij valoris danda *l.legato generaliter 37. de leg.1.* Verissimum itaque est prædictam regulam etiam ad legata in testamento scripta pertinere.

ASSERTIO XCVII.

Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.

HOc generale axioma tradit *Pomponius in l.xi. ff. de R.I.* Idem deciditur *in l. cùm mandati* xii. *C. Manda.* Cùm enim quilibet sit rei suæ moderator & arbiter. *l.in re mandata. C.Manda.* ille effectus, illaque vis

dominij est, vt quod quisque suum tenet, id sine facto & voluntate e s auferri non possit. Multa videntur repugnare huic assertioni. Primò, Rs communis dicitur mea, *l. si quis seruos 74. de leg. 3. l. illud 46. ff. de rit. nup.* Veru pars rei communis sine facto & voluntate mea, ab altero socio transferi potest ad alium. *l. falsò tibi. C. de com. rer. alien.* Resp. Quod vterque consortium rem vocat suam, quæ pro indiuiso communis est, hoc fit populariter, impropriè & abusiuè.

Secundò obstat, quòd creditor vendendo pignus transfert dominiu sine facto debitoris. *l. 1. & 2. C. Debitor vendit. pign. imped. non posse.* Resp. Etia hac in parte interuenit factum debitoris, quòd meretur rerum suaru translationem, & alienationem, quia non soluit quod debet. *arg. l. qui m facit. ff. de R.I.*

Tertiò obijcitur, quòd res pupilli, quæ seruando seruari non possun, alienari possunt à tutore sine decreto magistratus, & facto pupilli. *l. x quæ 22. C. de adm. tuto.* Resp. Tutores auctoritate legis loco domini habentur, ideoque censetur factum domini in hoc casu interuenisse. *l. interdum. §. qui tutelam. ff. de furt.*

Quartò refragatur, quòd cùm ad executionem sententiæ facienda apparitores magistratus bona debitoris condemnati vendunt, transfert dominium, & tamen hîc nullum domini factum vel consensus interuenit. *l. si pignora 50. ff. de euict.* Auctoritas magistratus, cui præcipiendi i fuit, vt bona venderentur, loco & vice consensus domini est. *l. si ob causa iudicati. C. de euict.*

Quintò opponitur. Vsucapio transfert dominium in præscribente sine facto & consensu veri domini. Resp. Et in vsucapione factum dom ni negligentis rem suam à possessore vendicare, interuenit. Nam & q permittit rem suam vsucapi, intelligitur alienare. *l. alienationis 28. ff. verb. sign.*

Vltimò aduersatur, quòd Imperator vel Princeps potest ex plenitudin potestatis alicui priuato res suas sine voluntate sua auferre, ex iusta caus *l. item si verberatum 15. §. 1. ff. de rei vend. l. Lucius XI. ff. de euict.* vbi dicitur, pos agrum alicuius priuati à Principe militibus assignari, modico honoris gr t a possessori dato. Resp. Hoc non fit sine facto nostro, quoties Reipub defendendæ gratia militibus aliquid assignatur. Omnes enim cuiuslibe loci possessores & subditi sunt obstricti ad vsus & necessitates Reipub atqui publica vtilitas efflagitat, vt militibus in præmium benè nauatæ pr Repub. operæ singuli priuati aliquid conferant, quia eorum opera, vit & bona subditorum ab hostili impetu defenduntur.

ASSER-

ASSERTIO XCVIII.

Fauorabiliores rei, potius quàm actores habentur.

HANC decisionem pro regula proponit *Caius in l. fauorabiliores 125. ff. de R.I.* Illud autem principio notandum, fauorem hîc non significare procliuem, vagum & lubricum hominis affectum, quo nullo discrimine habito honesti vel turpis, iusti vel iniusti, alicui ex fauore vel gratia quid indulgetur. Sed intelligenda est vtilitas quædam iustitiæ conueniens; vt fauor nihil aliud censeri possit, quàm ipsum ius. Siquidem ipsum ius nihil aliud est, quàm dispensatio vtilitatis secundum iustitiæ & honestatis regulas, ad transigendam hanc vitam ciuiliter secundum DEI voluntatem. *l. 1. in princ. & §. 1. ff. de iust. & iu.* Quæ vtilitas & fauorem in se complectitur, nam fauere est commodum seu vtilitatem alicuius tueri. Itaque ideò rei conuenti actoribus plerumque sunt fauorabiliores, quia plus iuris habere præsumuntur, quàm actores, & per consequens æqualitas administrandæ iustitiæ actori sicut Reo seruanda est. Quæ regula procedit tam in ciuilibus quàm criminalibus causis, per rationem traditam. *in l. absentem. ff. de pœn. & l. qui accusare. C. de eden.*

Sed è contrario videtur, quòd actores fauorabiliores sint quàm Rei. Si enim Reus fideiussorem dederit iudicio sistendi causa, nec conuentum sit de die, quo sisti debeat, erit in potestate actoris diem constituere, quo se sistere reus debeat. *l. de die 8. ff. Qui satisf. cog.* Item actoris est interpretatio, si vtatur intentione vel oratione ambigua: accipiendum est enim id quod ei vtilius videtur. *l. inter stipulantem. 83. §. Si Stichum, ff. de V.O. l. si qui intentione 66. ff. de iudic.* Resp. In constituendo seu ordinando iudicio plus fauetur actoribus quàm Reis, vt ad prosecutionem iuris sui viam habeant latè patentem. Quo spectant, quæ de die satisdationis & interpretatione libelli dicta sunt. Verùm in exitu iudicij seu decidenda lite, plures sunt rationes, propter quas rei censeantur fauorabiliores actoribus, scilicet in dubio, hoc est, cùm neutrius litigatoris ius est iudici cognitum, vel legitimis probationibus, vel coniecturis perspectum. Rationes autem sunt hæ, primo quod actor voluntarius, paratus & instructus in iudicium prodit, Reus è contra coactus, & inuitus in iudicium pertrahitur, ideoque æquum est Reum potius quàm actorem subleuari. *l. qui in alterius 42. in fi. de R.I. l. purè 5. §. vlt. ff. de excep. doli.*

Secundò leges ob benignitatem naturæ consentaneam, proniores sunt ad liberandum quàm ad obligandum. *l. Arrianus. ff. de obl. & act.* Satius est enim (vt *Traianus Imp.* rescripsit) impunitum relinqui facinus nocentis, quàm innocentem condemnari. *l. absentem. ff. de pœn.* Hinc decisum est, quod actore non probante, reus etsi nihil præstiterit, nihil probauerit, nihil pro se allegauerit, sit absoluendus, *l. qui accusare. C. de eden.* Hinc & constitutum est, quòd in criminalibus causis, nisi meridiana luce clariores probationes adferantur, Reus sit liberandus. *l. vlt. C. de proba.* Hinc etiam inter pares iudicum sententias, si fortè dissonæ proferantur, ea præualere debet, quæ pro Reo facit. *l. inter pares 38. ff. de re iud.* Deinde in probationibus dubijs, & testimoniis hinc inde paribus, fauorabiliores sunt rei quàm actores. Vnde in causa dubia, quando pares sunt probationes, Reo potius, quàm actori defertur jusiurandum. *l. admonendi. ff. de iureiu.* Hæc regula non procedit in causis fauorabilibus, puta si agatur de libertate, pro dote, & matrimonio, item pro testamento. Tunc enim in dubio plus fauetur actori, quam reo. *l. in ambiguis 85. de R. I. l. inter pares 38. ff. de re iud. l. si pars 10. ff. de inoff. test.*

ASSERTIO XCIX.

Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur.

REGVLAM hanc proponit *Vlpianus in l. semper 9. ff. de R. I.* Concordat *c. in obscuris. ex. de R. I. in 6. l. qui concubinam 29. §. 1. de leg. 3. l. si ita sit adscriptum 14. in fi. de leg. 1.* dum dicit, exiguius legatum esse præstandum. *l. si ita relictum 45. in princ. de leg. 2.* vbi dicitur, Minor pars est accipienda, quæ venit in legato.

Sed refragatur, quòd non extremum, quale est maximum, vel minimum, sed medium potius eligendum censetur. Sic *Paulus in l. antiqui. ff. Si pars hered. pet.* inquit, prudentissimi juris auctores medietatem quandam secuti sunt. Idem affirmatur *in §. vlt. Inst. Quib. ex cau. manu. non lic. & §. cùm ex aliena. Inst. de rer. diuis.* Resp. Quando manifesta ratio humanitatis, vt nemo lædatur, requirit alterum extremum, hoc est, maximum vel minimum, tunc vtrunque caret vitio, & accedit ad virtutem, quæ nimia esse non potest. Quo casu accipienda est hæc regula. Cæterùm vbi obscuritas in vtranque partem, vel maximam vel minimam, lædere potest contra æquitatem, ibi retinendum est medium.

Secundò aduersatur, quòd in dote promissa sine certa quantitate, non sequamur minimum, sed dotis quantitas pro modo facultatum promittentis,

entis, & dignitate mariti statuenda est. *l. quaro 60. l. cùm post 69. §. gener à so-c. 9, ff. de Iur. dot.* Resp. Non valet hoc casu argumentum à legato vel stipulatione speciei, vel quantitatis incertæ ad dotem. Quia in dote sunt nonnulla, ex quibus licet mutuari interpretationem quantitatis in dote constituenda. Dos enim promissa, licet in genere & indefinitè promissa sit, pro modo facultatum patris, siue promittentis, & dignitate mariti constitui debet. *d. l. cùm post. §. gener. l. 3. C. de dot. prom.* In legato autem vel stipulatione, vbi non est expressa certa quantitas, cessat omnis conjectura. *l. Triticum 9 in fi. ff. de verb. obl.* Planè illud obseruandum, quod si illud quod debetur, in re minima non habeat vtilitatem, tunc res mediocris est præstanda. Si homine legato, neque optimus, neque pessimus seruus debetur, sed mediocris præstandus. Neque enim vilissimum seruum habere expedit. *l. legato 37. de leg. 1º l. si quis argentum. §. similiq; modo. C. de donat.*

ASSERTIO C.

Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis conualescere.

PAVLVS IC. hanc regulam adstruit *in l. quod initio 29. ff. de R. I.* Concordat *l. penul. ff. eo.* vbi *Licinius Rufinus* pro regula statuit, quòd quæ ab initio inutilis fuit institutio, ex post facto conualescere non potest. Exempla sunt de marmore domui iniuncto *l. cætera 41. §. tractari. de lega. 1.* de rebus extra commercium positis. *l. inter stipulantem. §. sacram. ff. de V. O.* Ratio regulæ est, quia sicut tempus non est modus inducendæ vel tollendæ obligationis. *l. obligationum. §. placet ff. de obl. & act. l. si certis annis. C. de pact.* ita nec confirmandæ, *l. si minor. ff. de seru. export. c. non firmatur. de R. I. in 6.*

Opponitur, quòd donationes inutiles, & alij contractus magistratibus vel administratoribus justitiæ prohibiti, conualescunt. *l. vnic. C. de contrac. iud.* Resp. Tales contractus judicum, non solùm tempus, sed auctoritas principis, vel subsecutus & repetitus priuatorum consensus defendit, & per ratihabitionem confirmatur. *arg. l. 1. & 2. C. Si ma. fac. rat. hab.* Sic etsi bona minoris sine decreto judicis alienata sint, licèt non valeat alienatio, si tamen postea maior 25. annis silentio eam confirmet per quinquennium, vel expressa comprobatione alienationem ratam habeat, valebit alienatio. *l. vlt. C. Si ma. fac. alie. sine decr. rat. hab.* Regula ergo prædicta accipienda est, quòd solo tractu temporis actus ab initio nullus vires non sumat, nisi noua aliqua causa superueniat, quæ actum confirmet.

Secundò opponitur *l.1.§.sed etsi filiusfam. de leg.3.* vbi dicitur, si filiusfam. reliquerit fideicommissum, initio non valet, sed tamen eodem in eadem voluntate perseuerante & sui juris postea mortuo, fideicommissum debetur. Resp. Regula, vt jam dictum est, accipienda est, quando inutilitatis causa perdurat. Tunc enim non potest institutio inutiliter facta conualescere. Cæterùm si inutilitas vel impedimentum cessat, & institutio redit ad justam causam, tunc conualescit ex mutatione causæ.

ASSERTIO CI.

Feudum antiquum, propter delictum in extraneum perpetratum, amissum, deuoluitur ad collaterales agnatos propriores in gradu.

EX graui crimine, quod vasallus contra extraneum committit, vt est parricidium, proditoria cædes, feudum amittitur; quia sequente illum abominabili infamia, non potest in curia domini stare, aut seruitia præstare. *c.1. An ille qui interfe.frat.dom.lib.2.feud.* Feudo autem hoc modo amisso, priuatur vasallus eo, & filij, alijque ex eo descendentes, quia in ijs hereditarij criminis exempla metuuntur; reditque vetus feudum ad agnatos, nouum ad dominum. *§.pen. Quæ fue.pri.cau.lib.2.feud.*

Sed ardua & insignis est quæstio, ad quos agnatos, & intra quem gradum propter delictum in extraneum admissum feudum perueniat? In hac quæstione extant duæ diuersæ opiniones. Prima est dura & absurda, rationi & æquitati non conueniens, quòd scilicet hoc casu feudum solùm ad agnatos, qui quarto gradu sunt, & non intermedios perueniat: frater igitur & fratris filius ipsius delinquentis excluduntur, quamuis nihil admiserint. Ad hoc allegant textum *in c. si vasallus culpam. Si de feu.def conten. sit.lib. 2. Feud.* Per hunc tex. probari videtur hæc opinio, quam sequuntur ibidem *Iaco.de Beluiso. Mart. Lauden. & Baldus.* Approbat quoque *Zazius in epitome feudo.par. 10.nu.104. & Curtius in tract. feudo.par. 4.num.11.* addens cogitandum esse: negari enim non posse, prædicta jura hanc sententiam vrgentissimè probare, nec se videre, quomodo istis possit realiter responderi. Allegatur etiam pro hac *parte tex.in c.1.vers.similiter. Qu. mo.feud.amit.* denique *tex.in c.1. Si vasal.feud.priue.* qui videntur hanc sententiam probare.

Sed contrariam opinionem, quòd huiusmodi casu feudum delinquentis, ad proximiorem agnatum, etiam intra quartum gradum, & sic ac fratrem delinquentis pertineat, quando videlicet paternum fuerit, probant textus rotundi & manifesti.

Primò

Primò tex. *in c. pen. Quæ fuit pri. cau.*

Secundo est tex. *in c. vnic. An ille qui interfe. frat. dom.* Qui textus non de agnato in quarto gradu, sed de proximiori juxta graduum computationem manifestè disponunt. Hanc opinionem sequuntur *Gl. Aluarot. Matth. de Afflic. in allegato c. si vasallus culpam.* Idem sensit *Andr. de Isernia Feudistarum auctor.* Approbant ex recentioribus *Baro & Cuiacius.*

Tertiò hæc opinio pro se habet naturalem æquitatem; quæ est, quòd pœna non sit extendenda ad eos, qui nihil deliquerunt: nemo enim alieno odio prægrauari debet.

Adhærendo igitur huic postremæ opinioni, non obstant ea, quæ suprà pro prima opinione allegata sunt.

Et primò *ad tex. c. si vasallus culpam, Aluarot.* respondet, istum textum procedere circa tempora vetustiora, quibus agnati in quarto gradu excludebantur à successione feudi proximioris agnati *tit. de success. feud. lib. 1. feud.* Dubitabatur ergo in casu istius *c.* quo delinquens habebat agnatos quarti gradus, & non intermedios, seu proximiores, an feudum ad eos pertinere debeat: Jure enim antiquo excludebantur. Hoc dubium remouet textus, & admittit agnatos etiam quarti gradus: quia tunc non erant proximiores, sed per hoc agnatos intermedios seu proximiores textus nequaquam excludit.

Secundò non obstat *tex. c. 1. vers. similiter. Qu. mo. feud. amit.* quia *Gl. Bald. Præp. & Affl.* ibi verba textus *fratrem suum* interpretantur de fratre domini procuratoriè occiso: tunc enim ad dominum feudum reuertitur, vt est tex. *in c. An ile qui interfe. frat. dom. &c.* Aliâs si vasallus proprium fratrem occiderit, feudum ad proximiorem agnatum, non ad dominum pertinebit. *vt Gl.* istic admonet. Præterea *And. de Isernia* ibi textum hunc intelligit de feudo nouo, quod etiam huiusmodi casu domino aperitur ob delictum vasalli.

Tertiò non obstat tex. *In c. 1. Si vasal. feu. priu.* nam ibi etiam de iure antiquo statuitur, quòd agnati admittantur vsque ad quartum gradum: imò hodie vsque in infinitum, si à primo acquirente descendant; sed intermedij proximiores si adfuerint, minimè excluduntur. Et sic hæc posterior sententia de iure æquior & verior videtur.

FINIS.

SOLI DEO GLORIA.

EVERHARDI BRONCHORSTII
DAVENTRIENSIS IC.

Centuriæ II.

MISCELLANEARVM
IVRIS CONTROVERSIARVM,

SIVE

ΕΝΑΝΤΙΟΦΑΝΩΝ,

ET

CONCILIATIONES EORVNDEM.

AB AVTHORE

Jam denuò recognitæ, & amplius quam tertia parte auctæ & locupletatæ.



LVGDVNI BATAVORVM,
Ex officinâ IACOBI MARCI,
Typographi Collegij Ill. Ordinum
cIↃ IↃ c XXI.

ΕΝΑΝΤΙΟΦΑΝΩΝ, SEU MISCELLANEARUM ASSERTIONUM CONTROVERSARUM IURIS CENTURIÆ PRIMÆ.

ASSERTIO I.

Princeps jus alicui quæsitum sine causa auferre non potest.



QVÆRITVR an princeps ex certâ scientiâ & plenitudine potestatis possit jus alicui quæsitum vel bona & facultates alicuius subditi auferre. Et verior est sententia, Principi id non licere, idque ex vulgata juris regula *l. id quod nostrum ff. de R. I.* Eadem sententia confirmatur *per l. 2. 3. & 7. C. de prec. Imp. off. l. ult. C. si contra jus vel util. pub. l. 10. C. de SS. eccles. l. ult. C. de loca. præd. civil. lib. 11. c. 1. de natur. feud. l. quod semel. ff. de decret. ab ord. fact. l. 5 §. fi. in fi. ff. de iniur.* Præterea hæc sententia confirmatur testimonio sacræ Scripturæ. Sic enim Naboth iustè fecisse dicitur, quod Regi Achabo vineam suam emere volenti concedere noluerit. Nam Rex contra legem Dei hoc postulabat, qua cavebatur, ut agri & possessiones in Israëlitico populo, justa distributione divisę manerent in cuiusque familia. *1. Reg. 21.*

Tria argumenta contra hanc decisionem adferuntur. Primum est *ex l. 2. C. de crim. sacrileg.* ubi dicitur sacrilegii instar esse, disputare de principali judicio. Resp. Illa lex ita accipienda est, quod disputare de principis voluntate et judicio non oportet, si forte elegit aliquem ad aliquod munus, qui videtur esse indignus, attamen de potestate principis disputare non est prohibitum. Præterea illa lex non decidit, quæ sit potestas Principis in privatorum seu subditorum bonis & facultatibus transferendis, sed tantum de honoribus & muneribus publicis distribuendis tractat, & de magistratibus eligendis agit: quorum cura & potestas ad solum Principem spectat. *l. 1. ff. ad L. Iul. amb.*

Secundum argumentum depromitur ex *l.1.ff.de Const. princ.* vbi dicitur quod principi placuit legis habet vigorem; Itaque principis voluntas pro ratione est, & legis habet vigorem. Resp. Eatenus principis voluntas est sequenda, quatenus legibus, naturæ, & rectæ rationi non repugnat. Atqui contrarium est juri gentium, (quo dominia rerum sunt distincta,) dominium alicui legitimè testamento vel contractu quæsitum, sine justâ causa auferre *l. ex hoc iure ff. de iust. & iur.*

Tertium argumentum tale est. Princeps dicitur dominus totius mundi, & lex maris, id est totum orbem terrarum legibus suis regit & gubernat, *l. deprecatio. ff. ad l.Rhod. de iac. l. bene à Zenone C.de quad.presci.* Ergo res privatis & subditis sine causa auferre potest. Resp. Imperator est mundi dominus quantum ad jurisdictionem & protectionem, non quantum ad dominium rerum privatarum. Pulchre *Seneca*, Omnia princeps possidet imperio, at singuli dominio. Confirmat hanc sententiam pluribus argumentis, legibus & rationibus *Fachin. lib. 8. Controvers. c. 63.* Porrò superior decisio cum tali restrictione est temperanda, quod Princeps possit ex causâ publicæ vtilitatis vel necessitatis, priuatis jus suum auferre. Sic potest Princeps domum subditi, ciuitatis mænibus nimis vicinam, vnde vel incendium vel hostiles insidiæ metuuntur, jubere demoliri, item suburbia destruere, ne hostis eò se recipiat, denique fundum urbi propinquum pro dilatandis fossis aut pomœriis civitatis, aut extruendis propugnaculis occupare per *l. si quando. L. ædificia. C.de oper.publ.* Quo tamen casu Princeps auferens rem privati, tenetur ad solutionem justi pretii. *l.venditor.§.si constat.ff.Com.præd.L.2.C.In qu.cau. servi pro præm.libert. accip.* Vide Gail. *lib. 2. Obs. c. 55.*

Quartò & vltimò opponitur. *l.2.§. si quis à Principe ff.Ne qu.in lo.pub.* vbi dicitur, Principem posse concedere, vt quis cum privati alicuius incommodo in publico ædificet. Respondeo. Hoc intelligendum est, cum Princeps id facit ob iustas causas. Nam sine iusta causa non debet, nec solet Princeps aliquid concedere, ex quo alter lædatur. Vide latius de hoc quæstione. *Menoch. de arbitr. iud. cent. 1. quæst. 48.*

ASSERTIO II.

Princeps ex contractibus cum suis subditis initis obligatur.

PRINCEPS pacta & contractus cum subditis initos servare tenetur, ex iisque efficaciter obligatur. tex. sunt *in l.Cæsar. ff. de publica. & c 1. extra de probat.* Hanc sententiam defendunt *Bart. ad l. digna vox C.de legib. & VVesemb. in parat.*

parat. ff. de const. princ. Porrò tenetur princeps ex contractibus cum subditis initis, non solum naturaliter, sed etiam ciuiliter & efficaciter: ne alioqui omni commercio exuatur, nullis cum eo contrahere volentibus, vtpote metuentibus, ne fidem semel datam violet. Constant namque contractus Arithmetica proportione, quæ in commutatione commerciorum æqualitatem planè exigit, neque considerat an aliquis rex vel subditus sit, dives vel pauper, sed vult omnes contractus vltrò citroque obligare æqualiter, & ideò contractus non debent claudicare. *l. Labeo. 19. ff. de V. S. l. cum emptor. ff. de rescind. vend.* Quinimò princeps quo major & potentior est subditis, eò plenius & efficacius ad fidem in conventionibus seruandam adstringitur. Nihil enim est, quod lumine clariore præfulgeat, quam recta fides in principe. *l. inter claras C. de sum. trin. & fide cathol.* Eandem sententiam confirmat *l. pen. C. de dona. int. vi. & vx.* vbi dicitur, quod contractus qui celebrantur cum Principe vel Imperatore, habent vim Legis. Hinc. *Bald. l. in c. 1. de natu. feu.* Celestinum Quintum Pontificem inscitiæ arguit, qui mane beneficia dabat, & vesperi reuocabat, & dicit eum fuisse vnum pecus. Præterea omnes contractus qui à Principe ineuntur, habent naturam bonæ fidei *Bald. ad c. 1. §. si quis. nu. de pac. Constan.* Inde refert Sueton. in vita Augusti, cum Pop. Romanus promissam liberalitatem congiarij reposceret, Augustum respondisse, se bonæ fidei esse.

Sed vehementer obstat *l. princeps, ff. de legib.* vbi statuitur, quod princeps solutus est legibus. Ergo neque pactis aut conuentionibus cum suis subditis initis stare tenetur. Resp. Non omnibus legibus solutus est princeps, sed tantum legibus civilibus vel potius solennibus, quæ videlicet respiciunt solennia judiciorum, contractuum, vel testamentorum *l. omnium 19. C. de testa l. adoptio. 38. ff. de adopt. l. qui in prouincia 57. ff. de ritu.* Verum legibus naturæ & juris gentium princeps non est exemptus. *l. 2. §. 1. ff. de rebus eo. qui sub tur. l. digna vox. C. de legib.* Ergo & pacta servare tenetur, quia pacta & contractus sunt jure gentium introducta *§. penult. Inst. lib. 1. tit. 2. l. ex hoc iure. ff. de iust. & iur.* Licet itaque Princeps solutus sit legibus, non tamen dictamine rationis naturalis, & lege naturæ, quia & Princeps est animal politicum, & rationis particeps *Bald. ad l. 2. C. de seru. & aqu.* Nec quicquam magis convenit æquitati naturali, quam ea quæ inter contrahentes placuerint, seruare: *l. 1. ff. de pact.* quia alioquin graue est, fidem fallere. *l. 1. ff. de const. pecu.*

Secundò aduersatur decisioni *l. penult. C. de donat. inter vir. & vx.* vbi expresse sancitur contractus vel donationes principis vicem legis obtinere. Vnde colligi videbatur principem ex suis contractibus non obligari, quia cui potestas est condendæ legis, ejus est & abrogandæ. *arg. l. quod iussit. 14. ff. de re*

jud. Resp. quod ibi dicitur, contractus principis vim legis obtinere, hoc ita intelligendum est, quod sicut contractus principis, ita & testamentum pro justo & legitimo habeatur, etiam si princeps in iis non observaverit omnes solennitates à legibus requisitas. Hinc licet donationes inter virum & uxorem jure civili non valeant, tamen valent inter principem & Augustam. Similiter & donatio à principe facta, licet excedat summam 500. aureorum, tamen valet absque insinuatione. Ita erudité & eleganter tradit *Cujat. lib. obs. 26. c. 35.* Vide latius & plenius de hac quæstione disserentem Sichar. *ad l. ex imperfecto 3. C. de testam. Petr. Gregor. lib. 7. de Repub. c. vlt. num. 27. & 28.*

ASSERTIO III.

Rescripto Principis potest alicui concedi dilatio temporalis, peremptoria verò exceptio concedi aut remitti non potest.

PRINCEPS potest rescripto suo alicui concedere exceptionem seu dilationem temporalem, at verò exceptionem peremptoriam, quæ jus alterius partis omninò tollit & infringit, concedere nequit. *tex. est. in l. 2. C. de precib. Imp. off.* Exemplum prioris partis est, si quando princeps concedat alicui debitori egeno inducias quinquennales, ne interea à creditoribus conveniatur, & vt spacium aliquod habeat ad pecunias comparandas, quod princeps licitè facere potest. *tex. sunt in l. universa. C. de precib. imp. off. l. ult. C. qui bo. ced. poss.* Ratio decidendi prioris partis est, quia hæ dilationes conceduntur sine gravi dispendio adversæ partis, in mora enim modici temporis non solet magnum esse damnum. *l. si debitori 20. ff. de judic.* & quod differtur, non aufertur. Ratio decisionis posterioris partis est, quia princeps non potest ius vel dominium alicui privato quæsitum auferre, nisi ex justa causa, & propter vtilitatem publicam, quo tamen casu debet illi justum & solitum precium offerre. *l. item verberatum 15. §. 1. ff. de rei vend. l. venditor 13. §. 1. ff. Com. præd. Castren. ad d. l. 2.* Adhæc princeps non potest in gravem alterius injuriam beneficia alicui concedere *l. cum avus, & ibi Gloss. C. de emanc. libe.*

Sed vehementer obstat huic decisioni *l si à te. C. de pact. int. empt. & vend.* vbi pactum erat interpositum inter venditorem & emtorem, vt si venditor intra certum tempus offerat precium emtori, quod tunc res esset inempta: in hoc

hoc caſu deciditur dilationem huic pacto adjectam non poſſe remitti reſcripto principis. Ergo dilatoria exceptio reſcripto principis concedi aut remitti nequit. Reſp. In ſpecie iſtius legis, venditor qui poſtulat ſibi poſt diem conſtitutum licere pretium offerre emtori, hoc agit, ut ſibi venditionem ſemel contractam reſcindere liceat, quo caſu non dilatoriam, ſed peremptoriam exceptionem ſibi remitti poſtulat, quia offerendo precium poſt tempus in pacto venditioni adjecto expreſſum, vult à tota venditione recedere. Ita reſpondet Cujat. *lib obſ.2.c.10. Anto. Fab. in error. pragmat. decade 25.erro.3.* Secundò adverſatur *l. militem C. de procur.* ubi ſtatuitur, quod exceptio dilatoria, qua miles repelli poteſt à munere procuratoris, non poteſt tolli reſcripto Principis. Reſp. Ideo hæc procuratoria exceptio reſcripto Principis remitti non poteſt, quia repugnat vtilitati publicæ, vt miles ſit procurator, primò quia hoc modo ab armorum occupatione milites avocantur, deinde milites conſtituti procuratores, propter armorum atrocitatem, & minarum terrores eſſent infeſti & iniqui adverſariis *l. milites 13. & l. ult. C. locat.*

ASSERTIO IV.

Iuſtè & Licitè Chriſtianis ſervos habere conceditur.

QVOD Chriſtianis licitum ſit habere & poſſidere ſeruos, euidenter probatur ex primâ origine & inſtitutione ſeruitutis. Originem autem ſuam exordium ſervitus ex bellis accepit. Nam cum olim Imperatori exercitus liceret hoſtes in juſto & legitimo bello captos jure belli occidere, ſumma humanitate introductum eſt, vt quos occidere licebat, eos captivos tenere, & ſeruituti vel miniſterio ſuo ſubijcere poſſent, vt operis eorum vterentur. *§. 1. Inſtit. de ju. perſo. l. pupillus 239. §. ſeruorum ff. de V. S.* Hinc ſervi à ſeruando dicti ſunt, quia imperatores captivos vendere, ac per hoc ſervare, nec occidere ſolent. *l. 4. §. ult. ff. de ſtat. ho.* Quin & jure diuino licitum fuit ſeruos in dominio & poteſtate ſuâ tenere & poſſidere. Nam *Exodi 21. verſ. 2.* &c. traditur, quod licuit homini ſeipſum & liberos vendere, atque in ſervitutem detrudere, cum ad paupertatem eſſet redactus: quo loco adijcitur *verſ. 2.* Si quis emerit ſeruum Hebræum ſex annis ſerviet domino ſuo, ſeptimo autem anno egredietur liber gratis. Idem confirmatur *Levit. 25. verſ. 39.* vbi admittitur ſui ipſius venditio propter inopiam. Sic Ægyptii vendunt ſe Regi Pharaoni ob extremam famis neceſſitatem, totoſque ſe illius poteſtati & dominio ſeruili, jure proprietatis ſubjiciunt. *Geneſ. 47.* Huc accedunt exempla veteris & novi teſtamenti, quæ oſtendunt ſeruos etiam licitè à do-

minis

minis fuisse possessos, sicut de *Agar* ancilla *Genes. 13.* legitur, & de Onesimo servo in epistola Pauli ad Philemonen ostenditur.

Objicitur primò huic decisioni, quod seruitus est contraria legi naturæ, ideoque tanquam repugnans juri naturali improbanda censetur. Quod probatur ex eo, quod omnes homines ab initio & jure naturali liberi sint conditi. *l. manumißiones 4. ff. de just & iu.* Secundò confirmatur hoc ex definitione seruitutis tradita *in l 4. ff. de stat. ho.* ubi seruitus definitur, quod sit constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.

Secundò aduersatur locus *Deutero. 5.* ubi Deus præcepit Israëlitis, vt domini seruos suos septimo anno, postquam sex annos seruierint, manumittant, & libertati restituant. Ergo non voluit esse servos seu mancipia. Ad primam object. respondetur, quod servitus contraria sit humanæ naturæ, integræ quidem, sed non lapsæ & peccatis corruptæ: Nam propter intractabilitatem & malitiam hominum coërcendam seruitus est introducta, tanquam justa pœna peccati, ut hoc freno & jugo servitutis improbi homines bello justo & legitimo devicti, & in potestatem hostium redacti coërcerentur. Imò misericordia & humanitas magna fuit eos servare, & clementi seruitio subjicere, quos jure belli occidere licebat.

Secundæ objectioni respondetur, quod cum apud Iudæos serui dominis suis per sexennium operas & servitia exhibuissent, Deus concessit illis hoc beneficium, ut tot annorum seruitia tanquam mercedem seu compensationem datæ libertatis domino imputarent. Porrò serui illi apud Iudæos non tanquam serui, sed potius ut mercenarij habebantur, & à dominis suis detinebantur, qui operas suas pro mercede dominis solent elocare. Neque licebat dominis servos durius tractare, & inhumaniter aut inclementer eis imperare fastu & dominatu superbo. *Leuitici 25. vers. 39.* Vide latius disserentem de hac propositione, quod Christianis seruos justè retinere & possidere liceat. Martyrem *in loc. com. clas. 4. cap. 19. Vrsin. lib. 2.* exercitat theologicarum, quæstione 54. & 55. ubi omninò hanc sententiam defendunt & amplectuntur. Postremò notandum, quod (vt quidam opinantur) primam originem seruitus ab ebrietate accepit. Sic enim Ambrosius in libro de Elia & jejunio c. 5. scriptum reliquit. Manebat antequam vinum inueniretur, omnibus inconcussa libertas, nemo sciebat à consorte naturæ suæ obsequia seruitutis exigere. Non esset hodie seruitus, si ebrietas non fuisset. Vide Arist. *lib. 1. Polit. c 3. & 4.* & ibidem annotationes Giphanij, vbi multis solidis argumentis & rationibus probat, quod inter Christianos licita & permissa sit seruitus, vbi notat etiam ad reprimendas seditiones vtilissimam esse seruitutem, quarum seditionum causa plerunque solet esse æs

alienum

ienum & inopia. Sic & traditur optimum fuisse consilium Moysis, vt qui opia laborarent, vel ære alieno premerentur, ne res novas moliantur, cretoribus vel serviendo satisfaciant ad tempus, vel in perpetuum, pro deti magnitudine.

ASSERTIO V.

Riparum usus publicus est, sed proprietas illarum eorum est, quorum prædiis hærent.

RIPARVM vsus publicus est jure gentium, sicut fluminis: vt naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere cuilibet liberum sit. At proprietas earum est illorum, qui opè ripas prædia possident. *l. riparum. ff. de rerum divis.* §. *riparum. Inst. eo.* inc cuivis in ripâ ædificare non licet, & qui in ripâ fluminis ædificat, id on facit suum, sed ædificium domino ripæ cedit, cujus est solum. *l. qui autem 14. ff. de acq. rer. do.*

Sed objicitur huic decisioni, quod proprietas riparum videtur potius di- enda nullius esse, sicut ipsius fluminis & littorum. Quod probatur hoc argumento. Cuius juris est totum, eius juris sunt & singulæ eius partes. At pa fluminis pars est. Itaque si flumen ita publicum est, ut nullius sit in bois, eodem jure & ripam haberi necesse est. Resp. Ripa non est pars fluinis, sed tantum distat à flumine, quantum continens à contento, ripa im est id quod flumen continet. Atqui continens non est pars ejus, quod ntinetur, sed continens & contentum sunt inter se relata, quorum unum nquam potest esse alterum.

Secundò opponitur *l. penult.* §. *1. ff. de acq. rer. do. & l. 3. ff. de flumin.* ubi pæ publicæ dicuntur. Resp. Ripæ dicuntur publicæ, propter usum, qui publicus, sed proprietas riparum est privatorum, qui prope ripas prædia ssident. Hinc etiam arbores, quæ in ripa fluminis nascuntur, privatis ominis vicinis acquiruntur, quia nascuntur ex corpore privato, dominium im soli ripæ privatum est, & proprium vicinorum dominorum, qui pro- ripas prædia possident. *l. ergo 30.* §. *1. ff. de acqui. rer. do.* Ideò autem proietas riparum privata est, quia hoc naturalis æquitas exigit. Cum enim colæ riparum cogantur eas munire, æquum etiam est pro impensis & laribus, vt proprietas riparum ad illos pertineat: quia qui sentit onus, ntire debet & commodum.

Tertiò adversatur, quod ripæ sunt similes littoribus. Ergo sicut littora oad proprietatem sunt nullius in bonis §. *littorum, Instit. de R. D.* eodem

modo ripæ jure gentium dicentur esse nullius, etiam quoad proprietatem. Resp. Non idem sunt ripæ in flumine, quod littora in mari: Nam littora quotidianis accessibus occupantur à mari, eique subjiciuntur, ut quæ subjacet mari terra vel arena, ideoque occupatum sequitur conditionem occupantis *l. penultim. ff. de R. D.* At ripæ non tenentur à flumine, sed continent flumen, ideoque cum ripæ non sint fluminis partes, neque teneantur à flumine, non censentur eiusdem conditionis esse, cujus est ipsum flumen. Ex his rectè concluditur proprietatem riparum illorum esse, qui propè ripas prædia possident. Ita eruditè docet Donel. *lib. 4. com. jur. cap. 3.*

ASSERTIO VI.

Pœna capitis in eos constituta est, qui muros ciuitatis transcenderint.

HÆc decisio apertè comprobatur in *l. ultim. ff. de rerum diuis. §. sancta Inst. eo. l. 3. §. in bello ff. de re milit.* Quibus in locis vnanimiter traditur, quod qui muros vrbis violauerint, siue murum ciuitatis vel vallum scalis admotis, vel alia ratione transcenderint, capite puniantur. Additurque ratio, quod apud Romanos alia via quam per portas vrbem ingredi vel egredi, hostile & abominandum visum fuit.

Sed huic conclusioni videtur repugnare allegata *l. ultim. ff. de rer. diuis.* in qua hoc non de qualibet vrbe statuitur, sed tantum asseritur obtinere in vrbe Roma. Quod confirmatur exemplo, ibi subjecto, nam inquit, & Romuli frater Remus ob id occisus traditur, quod vrbem Romam transcendere voluerit. teste etiam poëta Lucano, dum ita canit: Fraterno primi maduerunt sanguine muri. Ex quo colligit *Bart. in d. l. vlt.* quod qui alterius ciuitatis muros transcenderit, non capitali pœna sit afficiendus, sed alia extraordinaria & mitiori pœna pro judicis arbitrio. Quod & conuincitur per *l. 2. & 3. ff. ne qu. in loc. sacr.* ubi simpliciter prohibetur, ne quid in muris vel portis ciuitatis committatur, vnde damnum aut incommodum aliquod ciuitati irrogetur, nulla tamen certa pœna ibi exprimitur. At verò quoties leges aliquid sub pœna interdicunt, nec tamen certam pœnam exprimunt, tunc ea pœna committitur judicis arbitrio. *l. 1. §. expilatores ff. de effracto. & expil. l. hodie. ff. de pœn. l. 3. §. pœna. ff. stellion. Gloss. in l. 3. C. de SS. Eccles.*

Resp. pœna capitis constituta est in eos, qui muros vrbis Romæ violauerint, aut transcenderint. Quod subjectum Romuli & Remi exemplum *in d. l. ult. ff. de rer. diuis.* manifeste declarat. In alterius verò ciuitatis murorum

violato

olatoribus hæc communior & receptior est DD. sententia, quod extra rdinem pœna arbitraria puniantur, puta relegatione vel carcere *d. l. 2. & 3. ne qu. in loc. sacr.* Ita notat Boër. *decis. 232. Menoch. de arbitrar. judic. quæst.* *s. 483. num. 6.* Si tamen delictum sit atrox & enorme, hoc est, si hostili imo aliqui muros transcenderint, pœna capitalis seu mortis infligi pote- . *l. vlt. ff. Ad l. Iul. majest.* Et hæc est communis DD. distinctio referente eideW. *ad §. sanctæ Inst. de rer. diuis.*

Secundò in contrarium adfertur locus *ex 9. cap. Actor. vers. 25. & 2. ad* *rinth. c. XI. vers. penultim. & vlt.* vbi discipuli Christi Paulum Apostolum miserunt noctu in sportá per muros ciuitatis Damasci. Quod tamen licitè ctum non esse forsitan quis objiciat, quia sancti sunt muri & portæ ciuitatm, vnde eos transcendere non videtur Paulo fuisse licitum. Resp. Conlerandus est finis, cur pœna interposita leges vetent muros ciuitatis tranndere. Quod ideò factum est, ne vrbes sint expositæ latrociniis, sed ut ti sint ciues à proditionibus & insultibus hostium. Atqui cessat illa ratio, oties de liberando homine innocente agitur. Itaque non minus licuit fi-libus Paulum in sportá dimittere è mœnibus ciuitatis, quam licebit civi vato muros transilire, ut subitum hostis incursum ab vrbe repellat. Quod Cicero rectè definit, dum inquit. Etiamsi lex peregrinum arceat à muri cessu, minimè tamen peccare eum, qui murum conscenderit seruandæ ciatis causa. Nam leges semper ad æquitatem sunt flectendæ, & mens ac io, quæ est anima legis, imprimis est attendenda, quæ in hac lege ea poimum & principaliter fuit, vt ab hostili incursu & violenta oppugnatione itates tutæ atque inuiolatæ conseruarentur. Plura alia ad hanc assertiom pertinentia scribunt *Decian. in tract. crim. lib. 7. c. 36. Petr. Gregor. lib.* *syntagm. jur. cap. 7. num. 7.*

ASSERTIO VII.

Merum Imperium est habere gladij potestatem, ad animaduertendum in facinorosos homines.

CONTROVERTITVR ab interpretibus, an hæc sit vera definitio meri imperij, quæ tradita extat *in l. 3. ff. de jurisd.* an verò exemplum tann aliquod meri imperij ibi proponatur. Et verior est sententia, merum erium *in d. l. 3.* definiri, non verò tantum exemplum aliquod proponi, ue ex eo apertè patet, quod *Iurisconsultus* vsus est verbis denotantibus nitionem meri imperij, non exemplum aliquod referentibus: Sic enim uit, Merum imperium est gladii potestas, &c.

Sed objicitur quod multa alia ſunt meri imperij, præter gladij poteſtatem, puta damnatio in metallum, de portatio, bonorum confiſcatio, relegatio. *l. illicitas §. qui vniuerſas ff. de offic. præſ.* quæ tamen verbis defininionis non continentur. Ideoque hæc definitio eſt anguſtior ſuo definito, cum alia meri imperii membra, ſeu partes ejus poteſtatis non compræhendat. Reſp. Hæc definitio deſumpta eſt à potiori & digniori parte meri imperii, quæ eſt gladii poteſtas, definitiones auten & denominationes à potiore rei parte deſumi debent. Gladii verò appellatione compræhenditur quælibet alia grauior facinorum coërcitio, & quæcunque pœna, qua vita, libertas, vel civitas alicui eripitur, veluti damnatio in metallum, deportatio, & bonorum confiſcatio, & quæcunque publici judicii exercitio *l. 1. ff. de offic. ejus cui mand. eſt juriſd. l. ſolent. ff. de offic. proconſ. l. nemo poteſt. ff. d. R. I.* Sic rectè dicimus magiſtratum habere jus gladii, cui merum imperium competit. *l. 1. C. Theod, Ne ſine princi. jus. cert. jud. conſiſ. liceat.* vbi dicitur, præſes in illos gladii ſui jus & ſeueritatis exerceat, in quos ſtatim ſtringi ferrum jura præcipiunt. Idem confirmat Capitolinus in Gordiano hoc teſtimonio. Gordiano proconſuli Africæ filius à ſenatu legatus datus eſt cum gladii poteſtate. Per eminentiam ergo gladii poteſtas ſumma pars eſt meri imperii, & ſignificat omnem aliam grauiorum criminum coërcitionem, veluti damnationem in metallum, deportationem, bonorum publicationem, aliaſque atrociores animaduerſiones. *l. ſi quid erit; 11. ff. de offic. proconſ. Pulchrè. Cujat. lib. 21. obſ. c. 30.*

Secundò aduerſatur *l. aut damnum. 8. §. 1. ff. de pœn.* vbi dicitur, cum aliquis damnatur, vt gladio in eum animaduertatur, gladio tantum in eum animaduerti oportet, non verò ſecuri, fuſte, aut laqueo. ergo gladii poteſtas non accipitur generaliter pro omni atrociori animaduerſione, ſeu qualibet vitæ ademptione. Reſp. Hoc fit ideo, quia judex ibi ſententiâ complexus eſt pœnam gladii; ſententia autem certa eſſe debet. *§. curare. Inſt. de actio.*

Tertiò aduerſatur, quod multa alia ſunt merii imperii, quæ tamen hac definitione ſeu gladii poteſtate non continentur, vti ſunt leges condere, creare tabelliones, & ſpurios legitimare. Reſp. Hæc non perinent ad merum imperium, quod magiſtratibus majoribus conceſſum eſt, ſed ad regalia & iura principis, quæ principi ſunt reſeruata, in ſignum ſupremæ poteſtatis ſeu præeminenciæ. Sic leges condere non eſt meri imperii, ſed principalis auctoritatis lege Regia principi conceſſæ, in ſignum præeminentiæ *l. 1. ff. de Conſtit. princip.* cujus hodie ſolius eſt jura condere. *l. vltim. C. de leg.* Ita tradit Coraſ. *ad l. 3. ff. de juriſdict. Fachin. lib. 9. controverſ. c. 94.* Itaque poteſtas condendi Leges non pertinet ad merum imperium, ſed potius ad regalia Principibus reſeruata in ſignum ſupremæ poteſtatis pertinere dicitur. *l. vlt. C. de legib. l. 1. ff. de conſt. princ. c. 1. Quæ ſint regal. in vſib. feud.*

Se

...d econtra videtur quod potestas condendi leges sit meri imperij. *per l. ...illi. C. de sent. & interlo. omn. iud.* vbi dicitur, quod qui non potest statuere, ...on potest relegare. Ergo videtur, quod facultas condendi leges referenda ...: ad merum imperium. Resp. Quod condere statuta possint & ij, qui non ...abent merum imperium. Nam & populi subditi alterius imperio possunt ...cere statuta, quæ in loco statuentium servari debent, propter generalita...m verborum in *l. omnes populi. ff. de iust. & iur.* vbi dicitur, quod quisque ...opulus sibi ius constituere potest. Vide plene de hac quæstione, an Legem ...oncedere sit meri imperij, differentem *Fachin. lib. 13. contro. c. 22.*

ASSERTIO VIII.

Non omnibus magistratibus omnes partes meri imperij tributæ sunt.

NON omnes partes meri imperij princeps dedit magistratibus, sed certas quasdam partes concessit, quasdam sibi reseruauit. Probatur hæc decisio in *l. aut damnum 8. §. 1. ff. de pœn.* ubi inquit Vlpianus, sed ...nimaduerti gladio, oportet non securi, fuste, aut telo, vel alio modo: proin...le nec liberam mortis facultatem ius concedendi præsides habent. Diui ta...nen fratres rescripserunt, permittentes liberam mortis facultatem. Idem ...onfirmat §. præfecto, eiusdem legis. Præfecto plane competere ius da...mnandi in metallum ex epistola Diui Severi exprimitur. Deinde id com...probat *l. inter pœnas 6. §. 1. ff. de interd. & releg. & l. 1. §. 2. de leg. 3.* vbi di...citur, jus deportandi in insulam non esse datum Præsidibus prouinciarum, ...datum esse præfecto vrbi. Idem traditur *in l. 2. in princ. ff. de pœn.* Sic & ...*n l. unic. C. ne sine jus. princ. cert. jud. lic. confis.* asseritur, non omnibus iu...dicibus datum esse jus confiscandi. Denique hæc sententia ex eo confirma...tur, quod olim jure Romano, singulis criminibus certæ pœnæ præfinitæ ...erant, nec poterat judex hanc pœnam legitimam sententia sua augere vel minuere *l. 4. C. de locato.* Vnde non poterat iudex efficere, quo minus damnatum furti vel iniuriarum, legitima pœna sequeretur, vel infamia. *l. non poterit. 63. ff. de furt. l. D. Severus 40. ff. de injur.* Ideoque nec appellare licebat in criminalibus causis à sententiis magistratuum, nisi majorem vel minorem legitimâ pœnam judex irrogasset. *l. si qua pœna 244. de V. S.*

Sed obstat quod merum imperium definiatur potestas gladij, & quælibet potestas atrocius animadvertendi vel pœnas irrogandi in facinorosos homines, *l. si quid erit ff. de offic. proconf. l. nemo potest ff. de R. I.* Cum ergo

præsides prouinciarum habeant merum imperium *l.ill citas* § *qui vniversas ff. de offic.præs.* consequens est eos habere omnes partes meri imperii, & proinde jus deportandi: quod tamen negatur in *l. 6. de interd. & releg l. 1. §. 2. ff. de leg. 3.* Resp. Satis est, quod præsides prouinciarum certas partes meri imperii habuerint, puta jus gladii, & damnandi in metallum, verum ius deportandi in insulam non habuerunt, quia hæc potestas legibus illis non est delata. Atqui merum imperium lege S. C.to, vel constitutionibus principum specialiter defertur. Ergo nihil amplius ex hoc summo & mero imperio præsidibus prouinciarum licuit decernere, quam legibus specialiter & nominatim illis datum est, *l. 1. §. 1. ff. de offic. ejus cui. mand.*

Secundò aduersatur regula juris, cui quod plus est, licet, non debet ei quod minus est non licere. *d. l. non debet 21. ff. de reg. jur.* Resp. Illa regula in mero imperio officium suum perdit, siquidem præses prouinciæ, habet jus gladij. *d.l.illicitas. §. qui vniversas.* non tamen habet jus deportandi in insulam. Ita perspicuè & eleganter tradunt *Cujac. lib. obs.15. c.39. & lib.21. c.31. Vincent. Cabotius lib. 2. disp. jur. c. 5.* Vel potest & hoc modo responderi, quod ideò deportare non potuerunt in insulam præsides prouinciarum, quod hoc jus deportandi in insulam induceret latiorem extensionem jurisdictionis, cum per deportationem effectum suæ sententiæ exequi volebant in insulis, in quibus nullum imperium vel potestatem exercebant.

ASSERTIO IX.

Merum imperium præscribi potest.

ARDVA & grauis est quæstio, an possit merum imperium præscriptione acquiri. De qua quæstione tradit Bartolus *in l. 3. ff. de jurisdict.* se non cogitare posse quid dicendum sit. Sed verior est sententia merum imperium præscribi posse, quæ euidenter probatur *per l. viros C. de divers. offic. lib.12.* vbi statuitur jurisdictionem in genere ex longi temporis consuetudine seu præscriptione acquiri. Iurisdictio autem in genere accepta comprehendit etiam sub se merum imperium. *l. 1. ff. de off. ejus cui &c.*

Secundò confirmat hanc sententiam *c. auditis. extra de præscrip.* vbi constituitur iura omnia quæ spectant ad Episcopum spacio 40. annorum ab Abbate præscribi posse. Tertiò adjuuat hanc opinionem *l. si cohortali. C. de cohortal. & princip. lib. 12.* vbi traditur apparitorem cohortalem si adspirauerit ad ullam dignitatem, in propriam conditionem retrahi debere, ita vt

a vt si vllam dignitatem affectare ausus sit; nulla præscriptione nisi 30. annorum muniatur. Ergo cum is qui affectat merum imperium, adspiret ad dignitatem, procul dubiò illud 30. annorum spacio præscribere poterit. Denique hanc decisione comprobat *l. omnes C. de præscript.* 30. annorum. vbi sancitur omne jus publicum vel privatum 40. annorum præscriptione acquiri.

Hinc sententiæ primò aduersatur *l. 3. in fin. ff. ad l. Iul. majestat.* vbi tradit Martianus priuatos homines, si pro magistratu vel potestate se gesserint, lege Iulia maiestatis teneri. Vnde colligitur merum imperium præscribi non posse, ne ex delicto præscriptionis ius acquitatur. *contra l. meminerint. C. vnde vi. l. sive hæreditaria 22. ff. de neg. gest.* Resp. Hoc argumentum procedit in personis priuatis, quæ cum ad exercendum merum imperium sint in habiles, delictum committere dicuntur: secus autem si personæ sint habiles & idoneæ ad exercendum merum imperium, vt sunt duces, Comites, Marchiones, Barones &c.

Secundò in contrarium adfertur hoc argumentum. Quæ in alium non transferuntur, nullo vnquam tempore præscribuntur, ex regula. *c. dudum extra de decim. & l. 2. C. de vsucap. pro empt.* Sed merum imperium in alium transferri non potest *l. 1. §. qui mandatam. ff. de off. ejus cui &c.* Ergo præscriptione videtur non posse acquiri. Resp. Merum imperium potest transferri à Principe, non vero ab iis, quibus specialiter à principe concessum est, nec enim mandata jurisdictione transfertur. Deinde nihil ad rem facit *d. l. 2.* quia hoc tantum ibi dicitur, quod ea quæ testator vendi prohibuit, si vendantur, non possint vsucapi. Nam quia vsucapio requirit titulum, nullus est titulus venditionis, si res à testatore prohibita est vendi.

Denique aduersatur *l. comperit. C. de præscript. 30. an.* vbi statuit Imp. quod ea quæ in signum supremæ potestatis vel principatus competunt, nullam cuiuscunque temporis præscriptionem admittere. Ergo idem statuendum est in mero imperio, quia hoc in signum vniuersalis dominii in principe residere videtur. Huic objectioni respondendum sub hac distinctioue. Aut quis ita præscribere intendit merum imperium, vt principem tanquam verum dominum non recognoscat, & eius imperium diminuat, & hoc fieri nullo modo potest. Hinc notat Baldus *in c. non liceat. ex. de præscript.* Regem Franciæ, Angliæ & Hispaniæ non posse ita de jure libertatem vsurpare, vt Imperatori obedire non teneantur, sed illum veluti totius mundi dominum recognoscere, debent. Aut verò quis vult exercitium & vtilitatem meri imperii præscribere, & statuendum est eum illud sine vlla dubitatione posse, dummodo habilis & idonea sit persona. Quo casu sufficit tempus 10. annorum sciente principe, eo verò ignorante requiritur

requiritur tempus, cujus initii non extat memoria. Ita communi D. D. opinione receptum esse refert *Muscorn. in tract. de jurisd. num. 125.* Denique notandum est privatas personas non esse habiles ad præscribendum merum imperium, eaque sententia est *l. 1. C. de curios. & stationar. lib. 12.* vbi traditu stationarios, qui sunt apparitores Præsidum, ad denunciãda crimina, & homines privati, non posse habere carcerem, neque aliquem tradere in custodiam sub pœna capitis. Postremò opponitur. *l. vlt. C. de fund. & salt. rei domin lib. 11.* vbi dicitur, quod loca, quæ ad sacrum dominium pertinent, nulla diuturna possessione præscribi possint. Resp. Illa lex loquitur de præscription longi temporis, quæ decem annis completur. At verò non negatur, quin longissimo tempore hoc est xxx annis, vel immemoriali tempore præscrib possint loca ad sacrum Principis dominium pertinentia. Et hæc obtinen jure ciuili. Iure autem Canonico merum imperium etiam existente scienti domini, spacio 40. annorum præscribi poterit. *d. c. auditis, & cap. de quarta ex de præscript. Muscor. d. lo. nu. 130.* Vide latius de hac quæstione disseren tem *Fach. lib. 8 contro. c. 23.*

ASSERTIO X.

Privati non possunt alicui tribuere iurisdictionem.

CAVTVM est jure ciuili, quod privatorum consensu non possit alicu jurisdictio aut judicadi potestas tribui, nec judex possit fieri is, qui judex non est. tex. in *l. 3. C. de jurisd.* Ratio est, quia jurisdictio est potestas publica, atque adeo publica, non ptiuata autoritate constituenda, & absurdum esset vnum atque alterum hominem priuatum facere, quod est concessum toti populo.

Huic assertioni opponitur *l. 1. C. de jurisd.* vbi traditur, si judex incompetens ex vtriusque partis consensu sit aditus, acquiescendum esse rei judicatæ. In illa lege, procurator fisci, (qui incompetens est iudex in lite privatorum, vt pote qui tantum inter fiscum & priuatos habet jurisdictionem, *toto tit. C. vbi caus. fisca.*) sententiam dixit inter priuatos, ibique statuitur sententiam ejus jure subsistere. Resp. Ibi procurator fisci inter certas personas habuit jurisdictionem, & judicãdi potestatem, & litigatores incongruum eum esse scientes, volentes se incompetentis judicis jurisdictioni subjecerunt. Iudex namq; incompetens fieri potest competens consensu litigatorum, si scientes illum esse incompetentem subjiciunt se ejus jurisdictioni *l. 1. & 2. ff. de judic.* Solus ergo consensus priuatorum litigantium non tribuit jurisdictionem ei, qui est omninò priuatus, sed ejus judicis, qui aliàs certæ jurisdictioni præ est

inter

ter certas personas, & in certis causis, jurisdictionem prorogat, & extendit ad alias personas vel causas. Vnde rectè & apertè dicitur in *l. 3. C. de jurisdict.* priuatorum consensum non tribuere ei jurisdictionem, qui nulli judicio præest. Summa est, priuatorum consensu non tribuitur, sed tantummodò prorogatur jurisdictio. Iurisdictio namque tribuitur vel à principe, vel à lege, vel præscriptione acquiritur, *l. 1. ff. ad l. Iul. amb. l. more 5. ff. de jurisdict. l. viros C. de diuers. off. lib. 12.* Priuati nullam jurisdictionem habenti non adjicere possunt, sed alias in eum, qui jurisdictionem ex lege habet, consentire, eique se subjicere possunt.

Secundò aduersatur huic decisioni, quod magistri collegiorum & priores opificum habent jurisdictionem de negotiis ad illud collegium seu opificium vel mercaturam pertinentibus, & tamen illi plerunque sunt homines priuati, nec magistratu aliquo funguntur. *l. vlt. C. de jurisd.* Resp. Collegia opificum habent quidem judices peculiares de negotiis ad illa artificia pertinentibus, vel eorum occasione contractis, sed tamen illa jurisdictio non est illis priuatorum consensu, videlicet à Collegiatis tributa, sed potius ex Senatus auctoritate, vel Principum concessione hanc jurisdictionem obtinuerunt. Non enim omnibus promiscuè data est facultas habendi hujusmodi collegia, sed illis tantum permittitur instituere collegia, quibus hoc à Cto. vel Principis indulto concessum est. *l. 3. ff. de colleg. & corp. l. collegium. 8. C. de hæred. inst.* Collegio autem principis priuilegio vel Senatus auctoritate constituto, potestas simul collegiatis data censetur, eligendi judices, qui jurisdictionem de causis ad collegium pertinentibus exerceant.

Postremò opponitur, quod priuati possint compromittere in priuatum quem arbitrum, vt priuatorum lites dirimat, qui tamen nec jurisdictionem habet, nec judicio alicui præest. Resp. Compromissa sunt quidem ad similitudinem judiciorum redacta, sed tamen ipsa non sunt judicia. *l. 1. ff. de arbit.* Nam quod arbiter compromissarius pronunciauit, non est sententia, sed arbitrium, ex quo nec actio nec exceptio oriebatur ante constitutionem Iustiniani. *l. 2. ff. de arbitr. l. 1. & l. cum antea C. eodem.* Atque hæc ipsa est ratio, cur hæc in arbitrio ita se habeant, quia scilicet priuati judicem facere non possunt eum, qui nulli judicio præest, quo negato, omnia negantur, quæ sunt judicio vel jurisdictioni consequentia.

ASSERTIO XI.

Magiſtratus municipales non habent mixtum imperium, ſed ſimplicem iuriſdictionem tantum.

COMPROBANT hanc deciſionem *l.ea quæ. ff.ad municip.* vbi tradi- ea quæ magis imperii ſunt, quam juriſdictionis, hoc eſt quæ mixti i- imperii, non juriſdictionis ſimplicis, magiſtratus municipalis facere n- poteſt. Quod latius explicant ſubjecta exempla. Vnde magiſtratus muni- pales non poſſunt in integrum reſtituere, aut bona ſeruandæ rei cauſa jub- poſſidere, quæ ſunt mixti imperii. *L. iubere 4. ff. de juriſd.* Ad confirmati- nem hujus ſententiæ facit, quod magiſtratus municipales inter minores m- giſtratus numerantur, qui de modicis & paruis ſummis tantum jus diceba- & ſine imperio ac poteſtate conſtituti erant. *l.nec magiſtratus 32. ff. de injuri. l. inter 28. ff. ad. municip.*

In contrarium adferuntur hæc argumenta, quibus comprobari videt- etiam magiſtratus municipales habuiſſe mixtum imperium. Primùm ita a- gumentantur. Mixtum imperium nihil aliud eſt, quam modica coërcitio, c- ineſt juriſdictio ſeu quæ juriſdictioni cohæret, & quæ ad exercendam & expe- diendam juriſdictionem pertinet. *l.1.§.vlt.& l.vlt ff.de off. ejus cui.&c.* Atqu- hæc modica coërcitio competit magiſtratibus municipalibus, per regulan- *l. 2. ff.de juriſdict.& l.magiſtratibus 12.ff.de juriſdict.* Reſp. Ius ciuile magiſtra- tus municipales vſque adeò depreſſos & abjectos habuit, vt mixtum imperi- um eis minimè conceſſerit. Vnde & mulctæ dicendæ jus non competi- magiſtratibus municipalibus *l. vnic. in princ. ff.ſi quis jus dic. non obtemp.* At- tamen aliquam modicam coërcitionem pertinentem ad mixtum impe- rium habuerunt magiſtratus municipales, ne vana & illuſoria illorum redde- retur juriſdictio. Hinc ne eorum ſententiæ inutiles & fruſtra latæ diceren- tur, permiſſum eis fuit ex lege, contra eum, qui ſoluere judicatumque facere recuſabat, mixto vti imperio, & ſeruos ejus pecudeſque pignori capere *l.quem- admodum 29. §. magiſtratus. ff.ad l.Aquil.*

Secundò videtur etiam magiſtratibus municipalibus mixtum imperium conceſſum, vt facilius juriſdictionem ſuam exercerent, quia principaliter eis modica coërcitio à lege conceditur *l.magiſtratibus. 12. ff.de juriſd.* Reſp. Iure Digeſtorum magiſtratus municipales modicam coërcitionem non habue- runt in liberos, ſed in ſeruos duntaxat. Quæ modica coërcitio in ſeruos mi- nor cenſeri debet, quam mixtum imperium in liberos. Quod vel ex eo ſatis patet, quod hæc in ſeruos caſtigatio priuatis etiam, puta dominis in ſeruos,

item

ter magiſtris & præceptoribus in diſcipulos competat. *l. vnic. C. de emend.* *tra. l. ſed & ſi 5. §. fin. ff. ad l. Aquil. §. ſed & maior. Inſtit. de his qui ſui vel lien. iu.* Ita reſpondet. *Longoual. in tracta. de juriſd. in 3. parte, in 4. ar-* ... Magiſtratus itaque municipales modicam animaduerſionem eamque ... uos tantum habuerunt, vt ſcribit Vlpianus in *d. l. magiſtratibus.* Huc ... net, quod Iudæi Pontio Pilato, Iudææ præſidi reſponderunt, qui Chri- ... leniter ab illis caſtigari cupiebat, capitale crimen admiſiſſe ex Lege ... s, ſibique non licere mortem cuiquam irrogare. *Ioan. cap. 18.*

... ertiò videtur aduerſari *l. 1. & 4. ff. de damno. infect.* vbi magiſtratibus ... icipalibus permittitur iubere cauere ex cauſa damni infecti, & propter ... umaciam non cauentis in poſſeſſionem mittere, quæ tamen ſunt mixti ... prii *l. 4. ff. de juriſdict.* Reſp. Ea ſolum magiſtratibus municipalibus le- ... permiſerunt, cæteras verò coërcitiones prætoris juriſdictioni reſerua- ..., ideoque ea magiſtratibus municipalibus rectè deleganda putarunt. ... uerunt ergò ea ex prætoris conceſſione, ſpecialiter ob cauſæ fauo- ... illis tributa, quia res damni infecti celeritatem deſiderat. *d. l. 1. ff. de* ... *infect.*

... enique videtur obſtare §. *cognoſcent. No. de defenſ. ciuit.* vbi traditur de- ... ores plebis cognoſcere debere de leuioribus criminibus. Reſp. Illa No- ... non debet extendi ad magiſtratus municipales cognitos à jure Dige- ... rum, quia eo tempore defenſores plebis nondum cognoſcebantur. Po- ... rò adhuc ex eadem Nouella 15. inſtatur, vbi dicitur, defenſores ciuita- ..., qui ſunt ſpecies magiſtratuum municipalium, non poſſe acta conficere, ... is quæ juriſdictionem deſiderant. Reſp. Illud quid ſit, ſtatim Nouella ... rat, vt intelligatur de cauſis, quæ magnitudine forenſi dignæ ſint, ſcili- ... quod bonorum poſſeſſionem non dabunt, non reſtituent in integrum, in ... eſſionem non mittent, hæc enim omnia requirunt maius imperium. ... *t. ad d. No. 15.*

ASSERTIO XII.

Priuatus merum imperium non habuit, ſicut nec præſes prouinciæ ius deportandi.

PRIMA pars hujus aſſertionis confirmatur ex *l. 3. ff. de off. præſ. l. 1. & vlt. ff. de off. proconſ.* in quibus legibus expreſſe traditur, quod præſides prouinciæ & proconſules tantum in iis prouinciis, quæ illorum guber- ... oni & poteſtati commiſſæ erant, exercebant merum imperium. Idque

tunc demum, cum in eâ prouinciâ versabantur. Cæterum si eam prouinciam egressi erant, statim deponebant imperium, & pro priuatis habebantur. Vnde liquidò constat priuatis hominibus, qui nullum magistratum gerebant, seu qui sine imperio ac potestate erant, non competiisse merum imperium.

Sed contrariam sententiam, priuato scilicet olim competiisse merum imperium, si id specialiter lex ei dederat, defendunt *Cujac. lib. obseru. 21. c. 30. & Petr. Faber ad l. nemo 70. de R. I.* Quam suam novam opinionem confirmant adducta *l. 1. ff. Ad l. Corn. de sica.* vbi à ICto illa duo magistratus & judex publici judicii, tanquam diuersa ponuntur. Vnde colligunt, quod possit aliquis præesse publico judicio, & ita merum imperium habere, qui tamen priuatus sit & nullo magistratu fungatur, cui videlicet ex lege quæstio publica obuenerit. Quo sensu etiam accipit *Cujac.* illa verba in *l. 1. ff. de off. eius cui &c.* is cui obtigerit exercitio legis Iuliæ de vi, id est, is prætor, judexve quæstionis, cui sorte obuenerit quæstio de vi publica vel priuatâ. Sed respondeo, quod illæ leges loquantur de judicibus quæstionum capitalium, qui cognitionem tantum habuerunt causarum criminalium, non verò exequendi judicati potestatem. At verò illam cognitionem longè diuersam fuisse à mero imperio, vel inde patet, quod illa cognitio criminum capitalium mandari potest *l. solent. 6. ff. de off. procons.* at ipsum merum imperium non delegatur. *l. 1. ff. de off. eius cui &c. l. nemo 70. ff. de R. I.*

Secundò objicitur *l. aliud est fraus 131. in fi. de V. S.* vbi dicitur magistratus solos posse mulctam dicere, pœnam autem irrogare possunt, quibus huius criminis executio competit, id est, vt interpretatur *Cujac. lib. Obs. 15. c. 39.* cui obuenerit sorte, etiam priuato. Resp. Sensus huius legis est, quod mulctæ dictio competit jure magistratus, non verò criminis executio, vel pœnæ irrogatio: & magistratus ob id quod imperium jurisdictioni mixtum habent, possunt mulctam dicere: Ideò autem additur dictio solos, vt intelligamus mulctæ dictionem non competere judicibus delegatis. Pœnam autem irrogant magistratus, non quod in magistratu sunt, sed quod huius criminis executio specialiter & nominatim eis permissa est.

Secunda assertionis pars, quod nimirum præsides prouinciæ non habuerunt jus deportandi in insulam, variis juris textibus comprobatur. Ita enim disertè statuitur in *l. 2. §. 1. ff. de pœn. l. inter pœnas 6. §. 1. ff. de interd. & releg. l. 1. §. 3. de leg. 3.* quibus legibus vnanimiter traditur, præsidibus prouinciæ jus deportandi in insulam non esse datum, & si præses aliquem deportandum in insulam sententia comprehenderit, hæc effectum non habet, nisi princeps sententiam comprobauerit *d. l. inter pœnas §. 1. ff. de interdict. & releg.*

Sed contra hanc decisionem tale adfertur argumentum. Cui licet quod jus est, ei vtique debet licere quod minus est. *l. non debet 21. de R. I.* Atqui præses prouinciæ habuit jus gladii, & damnandi in metallum *l. 6. §. qui vniversas ff. de off. præs.* Ergo etiam jus deportandi illi meritò tribui debet, quia majus est alicui adimere vitam pœna gladii, & libertatem damnatione in metallum eripere, quam solam ciuitatem auferre deportatione. Similiter nec præsidibus prouinciæ potestas fuit, confiscandi aut adimendi bona, cum tamen vitam adimere potuerint, *l. vnica C. Ne sine juss. princ. cert. judic. liceat confis.* Resp. In his quæ meri sunt imperii, hæc regula à majori ad minus non admittitur, quia ea tantum ex mero imperio sibi quis assumere potest, quæ lege, SCto, vel constitutione Principum specialiter ei data sunt *l. 1. §. qui mandatam. ff. de off. ejus cui mand.* præsidi prouinciæ datum est jus gladii, jus damnandi in metallum, jus relegandi. *l. relegatorum §. 1. ff. de interd. & releg.* jus confiscandi vel deportandi nulla lege datum est. *d. l. inter pœnas §. 1.* Et eleganter & subtiliter tradunt *Cujac. ad l. 6. §. ejus qui. ff. de injust. rupt. irr. testr. Faber ad l. nemo potest 70. num. 10. ff. de R. I.*

ASSERTIO XIII.

Hæc verba, profiteor te non teneri, pactum reale inducunt.

CONFIRMATVR hæc decisio aperto textu in *l. tale pactum 40. ff. de pact.* vbi I. C. expressè ait, hæc verba, profiteor te non teneri, efficere pactum in rem, adeò vt nec à te nec ab hærede tuo peti possit, & neque ego, neque hæres meus petere possimus. Sed contra hanc decisionem duo opponi possunt. Primò non videtur esse pactum, quia verba proposita non sunt disponentia, sed enunciantia, talia autem verba non inducunt dispositionem. *l. Publia 26. §. vlt. ff. depos.* Resp. Satis ex his verbis colligi pactum de non petendo, nam pacta fiunt nudo consensu, nec requirunt certa verba, imò etiam sine verbis consistunt, vt fit in tacitis pactis *l. 2. 3. & 4. ff. de pact.* Non obstat *d. l. Publia §. vlt.* quia ibi agitur de obligatione constituenda, & quidem de obligatione depositi, quæ re contrahitur. Proinde confessio alicujus non potest talem obligationem inducere, sed tantum probare: alioqui depositum fieret verbis, seu nudo consensu, hic autem loquimur de obligatione dissolvendâ, quod longè facilius admittitur *l. Arrianus. ff. de obligat. & act.* & quidem dissoluenda per pactum, quod longè facilius fit.

Secundò opponi potest, quod dictum pactum sit personale, propter verba

illa, profiteor te non teneri: Sed resp. Personas nominari, non ut fiat pactum personale, sed vt appareat inter quos pactum factum sit. *l. 7. §. pactorum. ff. de pact.* Cæterum esse pactum generale & in rem, ex ipsis pacti verbis colligitur, id est, ex verbis, non teneri: nam si tu non teneris, nec hæredem tuum relinques obligatum. Hoc igitur verbum majorem vim habet, quam si pactus essem de non petendo, quia possum non petere à te, & tamen petere ab hærede tuo, non potest autem hæres tuus mihi teneri nomine hæreditario, nisi & tu tenearis. Vide *Cuja. lib. obs. 18. c. 2.* vbi plane hanc assertionem & plenè confirmat & approbat. Concordat huic explicationi *Anton. Fab. ad d. l. tale pactum. ff. de pact. in rationalib.*

ASSERTIO XIV.

Dux belli inconsulto Principe inire non potest pacem cum hostibus.

ANCEPS & dubia quæstio mouetur à DD. an Dux belli seu exercitus potestatem habeat pacem cum hostibus ineundi. Quod de eo quæritur, qui alterius ductu & auspiciis bellum gerit. Nam de Rege & Principe, qui pacis ineundæ & belli indicendi arbitrium habet, nulla potest esse dubitatio. Et verior est Bartoli, cæterorumque antiquorum DD. sententia, Duci exercitus illam facultatem non competere. Quæ opinio confirmatur per *l. mandato generali 60. ff. de proc.* vbi statuitur, quod mandato generali non contineatur potestas transigendi.

Hanc decisionem impugnat *Duar. ad tit. de pact.* qui ita distinguit. Aut ducendi tantum & regendi exercitus cura illi demandata est, aut plena & libera rerum omnium potestas ei concessa est: priore casu non potest inire pacem cum hostibus: posteriore verò potest. Idque confirmat *l. procurator cui 59. ff. de proc.* vbi statuitur quod procurator constitutus cum liberâ potestate, potest transigere de rebus domini. Vnde & Principis vicarij, qui ab eo duces exercitus creati sunt, quia habent mandatum cum liberâ potestate, possunt cum hoste de pace injussu Regis seu Principis pacisci. Sed hæc distinctio non videtur admittenda, quia cum jure imperij soli principi aut Reipub. hæc nominatim competant, non transferri debent ad alios, nisi specialiter illis sint concessa. Regulare enim est, ea quæ requirunt speciale mandatum, non transire ad alios, quamuis plena liberaque rerum potestas sit eis demandata. *cap. qui ad agendum. de procurat. in 6.* Nam & in generali oratione non veniunt ea, quæ quis verisimiliter non esset concessurus. *l. obligatione generali. ff. de pignor.* Quamobrem oportet, vt dux belli pacem

cum

em hostibus inire possit, vt hoc nominatim ei sit permissum. Quam etiam ecisionem eleganti sententia confirmat *Polybius lib. 1. historiarum*, dum in-cit, Non potest dux quispiam in exercitu ipso, exercitus imperatore in-so vel repugnante, polliceri hosti obsesso vel dedenti sese, incolumitatem & salutem. Item *libro sexto.* De bello & pace cum hostibus paciscendi jus, leatis exteris respondendi auctoritas, penes concilium ordinum, non au-n penes vnum Regem vel Consulem esto. Eandem assertionem confir-t *Herodot. lib. 6. historiæ*, dum inquit. Qui dux inferior atque magistra-: absque superioris Principis aut Reipublicæ consensu aliquid hostibus v sociis spopondit, aut damnum intulit, pro noxâ iisdem est dedendus. de *Vincent. Cabotium lib. 2. disputat. c. 15.* vbi latius hanc quæstionem e minat.

ASSERTIO XV.

Qui pacto recipit in se casum fortuitum, tenetur etiam de casibus fortuitis insolitis.

QVOTIES in aliquo contractu, puta locationis, commodati, depositi, vel alio debitor in se suscipit periculum casus fortuiti, censetur etiam obligasse ad casus insolitos & inconsuetos. Hæc sententia probatur ex *l. si quis domum 9. §. Iulianus. ff. locati.* vbi dicitur, standum esse pacto, si quis cauit fundum ea lege, vt etiam si quid vi majori accidisset, præstaretur ei rces. Vis autem major intelligitur omne periculum casus fortuiti, cui mano consilio resisti non potest, *l. ex conducto. §. si quis tempestatis. ff. at.* Vnde saltem in genere de omni casu fortuito, siue solito, siue insoli-, ea pactione actum videtur. Nec dicitur casus fortuitus, nisi raro con-gat, attestante *Baldo in l. sed & si quis §. quæsitum ff. si quis cautio.* Eadem itentia confirmatur per *l. 1. C. commod.* vbi pactum valet, quo in genere mmodatarius omne periculum vis majoris, & casus fortuiti in se recepit, luti si res commodata vi latronum, aut hostium incursu intercepta sit.

Opponitur *l. fistulas 78. §. frumenta ff. de contr. empt.* vbi dicitur, quod venditor pacto se adstrinxit, se præstiturum, si quid vi aut tempestate factum et, quod vsitatam tempestatem tantum præstare teneatur. Vnde de casu tuito solito & vsitato tantum tenetur, qui pacto in se recipit casum for-itum. Resp. Sensus hujus legis hic est. Venditor qui vendiderat frumen-in herbis seu campis existentia, promiserat se emptori præstiturum id, od vis ac mala tempestas damni intulisset, postea niues frumenta corru-perunt.

perunt. Resp. IC. si immoderatæ niues & contra consuetudinem sæuientes damnum attulerunt, venditorem teneri. At si ordinariæ & moderatæ niues fuerunt, quia plerunque tempore hyemis ningere solet, hoc damnum sustinebit emtor, quia non censetur venditor per pactum quo in se recepit periculum tempestatis, damnum emergens ex moderatâ ac solita tempestate præstare voluisse. Itaque ex hoc §. hæc vera decisio colligitur, quod obligans se ad casus fortuitos, ad insolitos, & ratissimè contingentes casus se obligasse censetur. Hanc sententiam defendunt & approbant *Pinel. ad l. 2. C. de rescind. vendit. 1a. par c. 3. num. 29. Fachin. lib. 1. contro. c. 16.* Dissentiunt *Bart. & Gothofr. ad d. l. fistulas §. frumenta.*

ASSERTIO XVI.

Conuentiones inter conjuges de reciproca successione valent.

REGVLARITER pacta de futurâ successione viuentis interposita, jure ciuili reprobantur & nullius sunt momenti. *l. 4. Cod. de inutil. stip.* Cujus juris hæc est ratio, quia hujusmodi pacta plena sunt tristissimi & periculosi euentus, & contra bonos mores inita censentur. Inducunt enim votum captandæ mortis, & occasionem præbent peccandi, propter insidias, quas struere possunt paciscentes viuenti, cujus hæreditas in pactum deducitur *l. vlt. C. de pact. l. stipulatio hoc modo 61. ff. de V. O.* Attamen si reciprocè inter conjuges hujusmodi pacta interponantur, quod superstes in prædefuncti conjugis bona in totum vel pro parte succedat, hæc conventio legibus scriptis non improbatur, & passim vsu forensi moribusque recepta est & approbata. Eaque sententia maximè confirmatur per *l. quod autem 7. §. si vir. & vxor. ff. de donat. int. vir. & vx.* vbi statuitur, quod licet donatio inter conjuges sit prohibita, tamen vicissitudinaria & reciproca donatio inter eos permittitur, quia hæc conuentio non tam sapit naturam donationis, quam permutationis. Similiter videtur illud pactum de reciprocâ successione inter conjuges juri esse consentaneum, quia in hoc pacto tollitur ista sinistra suspicio desiderandi seu captandi mortem alterius, cùm non minus quis propriam suam hæreditatem alteri relinquat, quam vt alterius hæreditatem sibi deferri expectet. Hanc opinionem quod pacta vicissitudinaria de succedendo inter conjuges valeant, adeo vt ne quidem ob ingratitudinem reuocari possint, amplectuntur *Gail. lib. 2. obs. c. 126. Mins. Cent. 2. obs. 33.* vbi notat in Camera imperii hanc sententiam judicando firmatam, & notissima Germaniæ consuetudine observari.

Sed

Sed huic decisioni opponitur *l. licet. 19. C. de pact.* vbi statuitur hanc conuentionem de mutuâ successione valere inter milites tantum, ex speciali fauore, quod scilicet milites de bonis suis, in vim postremi judicii, quomodo velint, & quomodo possunt, disponere & testari possint. Ergo in paganis & non militantibus contrarium, jus scilicet commune est seruandum, quod vetat pactis hæreditatem deferri *l. pactum 15. C. de pact. l. 3. C. de collat.* Resp. Quæ causa mouit Impp. vt singulare hoc jus de pactis reciprocæ successionis in militibus admiserint, fauor scilicet militiæ, & vtilitas Reipub. eadem quoque ratio conjugibus adaptari potest. Nam non minor fauor militat pro conjugio, quam pro militia: plurimumque interest hæc pacta reciproca de succedendo inter conjuges valere, vt hoc præmio & emolumento de lucrandis bonis dotalibus, facilius homines inuitarentur ad matrimonium contrahendum *arg. l. 1. ff. solut. matr.* Præterea juuatur & stabilitur hæc consequentiam hac ratione, quia pacta de succedendo super dote & donatione propter nuptias, valida sunt inter conjuges *l. hæreditas. C. de pact. conuent. l. Diui C. de nat. lib. l. tale pactum §. vlt. ff. de pact.* Ergo etiam super cæteris bonis pactum de reciproca successione admittetur inter conjuges: plerunque enim fit vt tam mulieres omnia sua bona marito in dotem adferant, quam è contra mariti quoque omnia sua bona in donationem propter nuptias vxori adferent. *arg. l. mulier bona 73. ff. de jur. dot.* Denique tam arctus & vehemens amor inter conjuges viget, vt nullo pacto hæc suspicio admittatur, quod propter præmaturam successionem, alter in alterius mortem inhiare, aut alterius fata accelerare velit. Dissentit *Fachin. lib. 5. controuers. iur. c. 86. & 7.* Vide *VVesemb. in parat. ad tit. de pact. dota.* vbi notat talia pacta de reciproca successione inter coniuges valere, si in ijs præsentia quinque testium interueniat. *l. vlt. infr. C. de codic. l. vlt. C. de dona. cau. mort.* Nam talia pacta de futura successione sapiunt naturam donationis causa mortis, & species sunt vltimarum voluntatum. *l. tale pactum. 40. §. vlt. ff. de pact.*

ASSERTIO XVII.

Conventio non valet, ne dolus præstetur in contractibus.

ADEO dolus in omni contractu præstandus est, vt cum aliæ pactiones de re priuata ratæ sint, hæc conuentio tamen non seruanda sit, ne in deposito quidem, si conuenerit, ne dolus malus præstetur, tanquam quæ sit contra bonam fidem, contraque bonos mores. *l. contractus. de R. I. l. 1. §. si conuenit ff. depofit.* Ideò autem contra bonos mores est hæc conuentio, quia

impunitate doli propositâ inuitat ad delinquendum, vbi conueniebat reum metu pænæ potius à maleficio deterreri. *l. illud. 5. ff. de pact. dota. l. si vnus 27 §. pacta ff. de pact.*

Sed aduersantur huic decisioni *l. jurisgentium 7. §. si paciscar ff. de pact. & l. 4. in fin C. de transact.* vbi admittitur pactum, ne dolus præstetur. Resp. Quod dictum est, pactionem non valere, qua conuenit ne dolus præstetur, intelligendum est de dolo futuro, de quo id agitur conuentione, ne præstetur, si fortè postea admissus sit. De præterito verò dolo vt & de furto transigere & pacisci permissum est. *d. §. si paciscar. l. si tibi. 17. § quædam ff. de pact.* De præterito dolo quod pacto remitti possit, disertè scriptum est in *d. l. 4.* Non obstat autem in hoc casu superior ratio allata, cur de dolo futuro non liceat pacisci, nam hic remittimus actionem jam nobis quæsitam, nec propterea reum ad dolum admittendum inuitamus, cum jam admissus sit, nec de futuro dolo agatur. Sic & de falso pacisci & transigere licet, sed falso jam admisso, cum quæstione falsi motâ de eo transigitur *l. pen. C. de trans.*

Secundò prædictæ assertioni grauiter repugnat *l. si vnus 27. §. illud. ff. de pact.* vbi etiam admittitur pactio de futuro dolo non præstando. Nam ita Paulus IC. ait, non valere pactionem, ne dolus malus præstetur, quamuis si quis paciscatur, ne depositi agat, vi ipsa pactus videtur, ne de dolo agat, quod pactum proderit. Resp. Hæc pactio qua deponens paciscitur cum depositario, ne depositi cum eo agat, prodest quidem reo, sed non ad hoc prodest ei, vt non liceat actori de dolo agere, si eum dolo quid fecisse in deposito interuertendo probet. At in hoc prodest Reo, si dicat se rem depositam amisisse, quamuis illud non probet, tamen propter prædictam conuentionem ei fides habeatur, & allegata tantum amissione depositi absolui debeat, quod non interpositâ hac conuentione futurum non erat, quia alioqui amissionem allegatam probare tenebatur depositarius, aut condemnari debebat. *l. 4. C. de pig. act.* At vero si actor contendat rem depositam adhuc esse apud reum, aut dolo malo ejus esse amissam, & probationem ejus suscipiat, audiendus erit. Nec obstabit ei prædicta conuentio, quæ sine manifesta turpitudine non potuit Reo concedere, vt impunè in deposito actorem fraudaret. Pactum namque ne futurus dolus præstetur in deposito, inuitat reum ad delinquendum & liberè grassandum fraudandumque in deposito, quod turpe est & contra bonos mores, ac proinde non seruandum *l. si vnus. §. pacta. ff. de pact.* Ita eleganter tradit *Donel. lib. 16. com. c. 6. & ad l. 6. num. 10. C. de pact.*

ASSERTIO

ASSERTIO XVIII.

Si filia dote acceptâ renunciet hæreditati paternæ, eaque ante patrem mortua sit, non nocet hæc renunciatio nepotibus, quominus perueniant ad successionem Aui.

QVANDO filiæ validè & legitimè renunciant successioni paternæ, puta cum juramento & dote congruâ sibi constitutâ, si moriantur ante patrem, non nocet hæc renunciatio nepotibus, sed nepotes nihilominus ad hereditatem aui proprio jure admittentur, si modo dotem acceptam conferant. Hæc sententia probatur primò *arg, l. si ex patronis 10. §. 1. in fin. ff. de [b]on. lib. & l. si quis filio. 6. in princ. ff. de injust. rupt. irr.* vbi traditur, quod si [pa]ter exhæredat filium suum, qui moritur ante testatorem, ista exhæredatio [no]n nocet nepotibus ex illo filio, quia habetur pro non factâ. Ergo eodem [m]odo non debet nocere renunciatio hæreditatis: quia validè sumitur argumentum ab exheredatione ad renunciationem. *Castrens. ad l. qui superstitis [..]. ff. de acqu. hæred.* Deinde hisce duabus rationibus hæc decisio confirmatur. Prima est, quia hæc successio debetur liberis prouisione legis seu edicti. Ideoque parentes eam suo judicio suâque dispositione tollere non possint *arg. l. si adrogator 22. ff. de adopt. l. si quis filium 34. C. de inoff. test.* Altera ratio est, quia filia renunciando successioni futuræ, videtur renunciare [su]b ea conditione, si successio ad eam deuoluatur, quæ conditio impletur, [qu]ando filia moritur post patrem: sed quando moritur ante patrem, tunc [co]nditio euanescit, quia nunquam fuit sibi delata hæreditas. Ergo ista renunciatio habetur pro non facta. Itaque nepotes nihilominus debent succedere, [qu]ia renunciatio nullum eis præbuit obstaculum. Sed si filia quæ renunciau[it], obiit post patrem, tunc quia hæreditas fuit ei delata, ea renunciatio noceret, & obstaret nepotibus.

Opponitur primò hoc argumentum. Heredes tenentur contractum defuncti approbare, nec possunt contractum defuncti impugnare, quando defunctus pro se & hæredibus suis pactus est *l. cum à matre. C. de R. V. l. ex qua persona ff. de R. I.* Ergo & filii non possunt rescindere renunciationem ma[tri]s, quando mater promisit nec per se, nec per heredes suos contrauenire, defunctus enim potest obligare hæredem suum. Resp. Mater censetur [re]nunciatione suâ & pacto obligare hæredes suos, quo ad illa, quæ habent [v]t hæredes matris. Sed filii non petunt illud quod ad matrem spectauit, [ju]re hæreditario, nam non veniunt ex persona matris, sed ex proprio jure,

cui renunciatum non fuit, nec illud habent ut hæredes matris. Ergo non sunt hæredes seu filij obligati hoc pacto matris.

Secundò opponitur, quod filius non potest habere feudum ex pacto & prouidentiâ, & repudiare hæreditatem patris *c. 1. An agnat. vel fil. poss. retin. feud. lib. 2. feud. tit. 45.* & tamen illud feudum habet ex personâ propriâ, ex prouidentiâ scilicet primi domini concedentis feudum, & dispositione legis. Sic etiam hoc casu, licet filij veniant ex personâ propriâ, tamen ex quo sunt hæredes matris, debent approbare pactum matris. Resp. Renunciatio matris habetur pro non facta, propter non impletam conditionem. Renunciatio enim videtur facta sub conditione, si scilicet matri illud jus competierit, & hæreditas matri sit delata. Atqui hæreditas illa matri non fuit delata, vnde renunciatio tanquam deficiente conditione, habetur pro non facta per *l. qui hæredi 44. & l. Mæuius 55. ff. de cond. & demonstrat.*

Tertium argumentum. Hæres & defunctus habentur pro vna & eadem persona. *No. 48. de jurejur. à moriente præst.* Ergo quod defunctus pepigit, & hæres censetur pactus. Resp. Hoc venit ex fictione juris, sed verè sunt diuersæ personæ. Et illa regula procedit in his, quæ habet immediatè hæres à defuncto, tanquam hæres. Sed hanc successionem, non habent filij tanquam hæredes matris, sed ex proprio jure. Ergo quoad eam non repræsentant matrem, nec possunt dici eadem persona cum matre. Postremò oppono hoc argumentum, quod mater accepta dote renuntians, consecuta videtur hereditatem, quia dos est loco hereditatis. Resp. Filia non censetur accipere dotem hereditatis loco, sed dote contenta, dicitur adhuc hereditati sibi debitæ renuntiare. Nam tenetur pater filiæ dotem dare, & nihilominus filia succedit patri dotem conferendo. *l. vlt. G. de promis. dot. l. illam. C. de collat.* Ipsa ergo filia non succedit, quia renuntiauit: filij verò eius, seu nepotes nihilominus succedunt auo, quia veniunt jure proprio. Hæc est communis DD. opinio, quod renunciatio filiæ facta in bonis paternis vel maternis, non præjudicet nepotibus, si filiæ vivo patre vel matre sint præmortuæ. Ita eleganter tradit *Maranta disput. 10. num. 13. Villalobos in com. opin. litera F. num. 151. Stephan. Ranchin. in annotat. ad Guid. Pap. quæst. 598.* Probatur & hæc opinio *Baldo in l. ult. C. de pact.* cujus contrarium defendit Romanus: sed prius verius. *Couar. ad c. quamuis pactum. de pact. 3. par. §. 2. num. 4.* Extant quoque pro hac opinione duo famosissima consilia *VVesenbecij cons. 11. num. 14. & cons. 71. num. 16. 17. 18. & seqq.* Approbat hanc etiam decisionem *Fachin. lib. 3. controu. jur. c. 23. 24. & 25. Minsinger. cent. 2. Obseru. 7. Boër. decis. 3. Laurent. Kirchou. in com. opin. concl. 100.* vbi dicit hanc opinionem esse communem. *Aymo Grauetta cons. 27. Thomas Grammat. decis. Neapol. 57.* Vide hanc quæstionem absolutissimè tractantem & validissimis

imis rationibus comprobantem, Nobiliss. & Clariss. IC. *And. Gail.* Cæsareæ Majestat. Cons. & Referendarum, in suis obseru. pract. *lib. 2. obseru 147.* per totum.

ASSERTIO XIX.

Transactio de crimine falsi jure ciuili licita est.

SVPER crimine falsi, siue illud ciuiliter siue criminaliter intentatum sit, transactio jure licita & permissa est; tex. sunt aperti in *l. ipse 7. C. ad Corn. de fals. l. transigere 18. & l. penultim. C. de transact. l. 2. Cod. de his quib. ut ind.* vbi apertè traditur, transactione super falsi crimine factâ, non licere transigenti de falso iterum accusationem instituere. Ita decidit *Cujac. lib. obseru. 19. cap. pen. & lib. 6. c. XI.* Cui adstipulantur *Gouean. lib. 1. Var. Lect. c. 30. & Fachin. lib. 1. controuer. jur. c. 9.* Dissentit *Donel. ad l. transigere, num. 14. C. de transact. Imbertus in Enchiridio, juris Galliæ, in voce transigere.* Addens non licere Moribus Galliæ super falsi crimine transigere. Idem tradit *Ioan. Pap. Arrest. libr. 23. tit. 2. de composition. en delicts art. 4.*

Objicitur *l. Lucius penult. ff. ad S. C. Turp.* vbi generalis abolitio non trahitur ad crimen falsi, quemadmodum nec illæ remissiones, quas Principes faciunt ob lætitiam pacis initæ. Ideoque dicendum videtur, quod quamuis in aliis criminibus generaliter transactio permissa videtur, vel etiam generaliter transactum foret, non tamen hoc ad falsi crimen extendendum. Resp. Neganda in hoc argumento à simili consequentia; & diuersitatis ratio est, quia alia est abolitionis generalis ratio, alia transactionis generalis. Illæ ad falsi crimen non extenduntur quia falsum ferè semper pertinet ad rem familiarem & priuatum commodum, ideoque abolitionem non conuenit eò extendi, non interueniente priuatæ partis offensæ consensu. At in transactione generali pars offensa consentit, ideoque illa ad falsi quoque crimen extenditur.

Secundò objicitur, quod falsi crimen est capitale *l. 1. & 5. C. Ad l. Corn. de fals.* Vnde à criminibus non capitalibus non rectè excipitur in *d. l. transigere 18. C. de transact.* in quibus vetita est transactio. Resp. Falsi crimen non est capitale eo sensu, quo capitale accipitur in *d. l. 18.* nempe ex quo pœna mortis infligitur. Etenim pœna falsi est deportationis & publicationis bonorum *l. 1. §. pœna falsi ff. ad l. Cornel. de fals.* nec mortis pœna locum habet in crimine falsi, nisi magnitudo rei id exigat. *l. vbi 22. Cod. eodem.*

Tertiò objicit *Anto. Faber. l. 1. §. accusationem, ff. ad SC. Turp.* vbi mulier quæ ad falsi accusationem non admittitur, quia suam vel suorum injuriam non prosequitur, & si desistat, non tamen punitur. Ergo si ad accusationem admitteretur, punienda esset, si desisteret. juxta *l. si fœmina Cod. eod.* Resp. Argumentum à contrario sensu non rectè sumitur, quia repugnat text. in *l. 4. ff. ad S.C. Turp.* vbi dicitur, mulierem quæ propriæ injuriæ causa falsi crimen denunciauit, desistentem, S.C^to^ Turp. non teneri. Ex quo argumentum aliud sumitur, transactionem de crimine falsi valere. Non obstat *d. l. si fœmina*, quia non loquitur de crimine falsi, sed in alio crimine, in quo fœmina suam vel suorum injuriam accusatione persequitur, & illicitè transigendo incidit in Turpilianum.

Quartò objicitur, *l. quæsitum, ff. ad S.C. Turpil.* vbi is qui minatus est falsi crimen se objecturum, & si postea non objiciat, non punitur. Ergo à contrario sensu, si postea objiciat, & desistat, est puniendus. Resp. licet *d. l.* quæsitum velit, vt is qui falsi crimen minatus est se objecturum, & non objecit, non puniatur S. C. Turpiliano, inde tamen non sequitur, istud quoque velle, vt qui illud objecerit, & postea transegerit, in illud. S.C. incidat, quia huic interpretationi & argumentationi leges omnes aduersantur, quæ de crimine falsi transigi posse affirmant. Vide *Anto. Fab. lib. 2. conjectur. jur. c. 20.* vbi intendit probare de crimine falsi transigere non licere, sed illius argumentis jam satis superque à me est responsum.

ASSERTIO XX.

Transactio post rem judicatam interposita non valet.

TRANSACTIO post rem judicatam inita nullius est momenti. *l. si causa cognita 32. C. de transact. l. eleganter. 23. §. si post. ff. de cond. indeb. l. & post rem 7.* sumto argumento à contrario sensu. *ff. de transact.* Ratio est quia transactio tantum fit de re dubia & litigiosa. *l. 1. ff. de transact.* Sed post rem judicatam lis esse nequit. *l. sub specie & toto tit. C. de re jud.* quia res judicata rem certam & liquidam facit, & finem imponit controuersiæ. *l. res judicata. ff. de R. I. l. 1. ff. de re jud.* Ergo cum res clara sit certa & liquida post rem judicatam, transactioni omninò non est locus.

Opponitur quod post rem judicatam valet pactum, veluti si quis paciscatur, ne judicati agat. *l. 7. pen. ff. de pact.* Item quod licet vnicuique juri suo renunciare *l. penult. C. de pact.* Solutio. De re judicata licet pacisci, non transigere, & qui judicio fuit superior, potest juri suo per pactum donandi causa renunciare, non tamen de eo transigere. *Paul. lib. 1. sent. tit. 1. in fin.*

in fin. Ratio eſt, quia tranſactio eſt de re dubia. *l. 1. ff. de tranſact.* Res autem judicata non eſt dubia, cum omnis controuerſia per ſententiam ſit ſublata. Pactum igitur donandi cauſa licet interponere poſt rem judicatam, quia pacta fiunt etiam de re certa, tranſactioni verò non eſt locus re ſemel judicata, quia tranſactio tantum fit de re ambigua *d. l. 1. ff. de tranſact.*

Secundò aduerſatur *d. l. ſi cauſa cognita. verſ. proinde* C. *de tranſ.* vbi inquiunt Impp. Si non Aquiliana ſtipulatione & acceptilatione ſubſecuta ſcilicet poſt rem judicatam, competentem tibi actionem judicati ſuſtuliſti, rebus judicatis præſes effectum adhibebit. His verbis videntur Impp. ſibi contradicere, quia primò dixerunt non valere tranſactionem poſt rem judicatam, nec ea perimi actionem judicati, deinde videntur apertè contrarium dicere, ita demum exequendam eſſe ſententiam, ſi tranſactum non ſit, nam per Aquilianam ſtipulationem etiam tranſigitur.

Reſp. Propter hanc difficultatem tribus modis hic locus explicatur. Quidam diſtinguunt inter tranſactionem factam nudo pacto, & factam per Aquilianam ſtipulationem. Illa non tollit actionem judicati, hæc verò (inquiunt) tollit. Accurſ. meritò rejicit hanc ſententiam, quia priora verba legis generaliter loqunntur de tranſactione. Quod autem generi attribuitur, id verè tribuitur omnibus ſpeciebus ſub ea contentis. Adde quod eadem eſt ratio hoc caſu omnium tranſactionum, quia ſcilicet omnis tranſactio eſt de re dubia: res autem judicata non eſt dubia. Donellus putat his verbis non proponi exceptionem, ſed tantum rationem decîdendi, & accipit Si, pro quia: quod non eſt nouum, vt ſenſus ſit, ideò ſententiam eſſe exequendam, quia actio judicati per Aquilianam ſtipulationem non eſt ſublata. Mihi verò maximè vera videtur interpretatio, quam Accurſ. adfert, & probat vt dictis verbis contineatur exceptio. Hoc autem ſic intelligi debet: Stipulatio Aquiliana interuenire poteſt vel tranſigendi, vel donandi cauſa. Si tranſigendi cauſa, non valet, ſi donandi cauſa, valet: ſecundum ea quæ ſuprà expoſuimus. Aiunt ergo Imperatores, ſententiam eſſe exequendam, niſi actio ſublata ſit per Aquilianam ſtipulationem, id eſt, niſi talis ſit ea ſtipulatio, quæ ſuſtulerat actionem judicati, quod perinde eſt, ac ſi dicatur, niſi donandi cauſa interuenerit ea ſtipulatio.

ASSERTIO XXI.

Pactum inter Advocatum & Clientulum de quotâ litis initum, jure non valet.

PACTVM quo conuenit inter dominum & procuratorem, vel inter aduocatum & clientem, vt procurator, seu aduocatus ejus litis, quam obtinebit, certam partem consequatur, non valet. *l. si contra 20. C. mandat. l. si remunerandi 6. §. vlt. & l. sequ. D. eodem. l. sumptus 53. D. de pact. l. litem 15. C. de procurat.* Similiter nec pactum valet de re certa vel particulari, super qua litigabatur, in euentum victoriæ danda, licet non ad quotam litis hoc pactum referatur: quia vtrobique eadem militat ratio: pariter enim mouerentur ad calumniandum aduocati, propter certam rem ex lite sibi dandam in euentum victoriæ litis, sicut propter quotam litis. Ita rectè notant *Azo, Cynus & Baldus in l. si qui. C. de postul.* Imò aduocati & procuratores qui hoc modo paciscuntur, ab officio procuratoris vel aduocati cum nota ignominiæ remouentur *d. l. si qui. C. de postu.* Quæ sententia & iure Canon. confirmatur in *c. infames. §. arcentur. 3. qu. 7.* Ratio est, quia pactum hoc est contra bonos mores, præbet enim causidicis occasionem calumniosè litigandi, & calumniis veritatem propter spem lucri oppugnandi, & opprimendi, vt siue jure, siue injuria, partem litis ex victoria consequantur.

Opponitur *l. 1. §. si cui. D. de var, & extr. cognit.* vbi permittitur aduocato partem aliquam ex lite, vel certam pecuniæ quantitatem palmarii nomine pacisci. Resp. dupliciter: Primò illud pactum tum demum valet, cum lis finita est, & per sententiam decisa, tunc enim licet aduocato pro honorario suo, item pro victoriæ præmio seu palmario quod in lite triumphauerit, certam pecuniæ summam à clientulo pacisci, & pactam exigere, quia post obtentam victoriam cessat peccandi falsique committendi illecebra: pendente verò lite tale pactum non videtur admittendum, quia nullus contractus, nulla conuentio inter aduocatum & clientulum lite pendente valet, *l. quisquis §. præterea. C. de postul.* Secundò licet quidem aduocato vel procuratori de carto honoratio etiam palmarii nomine sibi dando cum cliente pacisci, sed non quantum ipse vult, verum quantum lex præscribit. Lex enim definit certam quantitatem honorarii nomine dandam aduocatis, vt scilicet possint in causis grauioribus & arduis honorarii loco pro causæ patrocinio exigere centum aureos, supra verò centum aureos advocatus accipere non potest. *d l. §. si cui.* Vide latius de hac assertione disserentem *Menoch. in arbitrar. iud. cent. 6. casu. 522. & Guidonem Papæ in decis. Gratianop. quæst. 102.* vbi in addit notat *Pet. Matthæ*

Matthæus extare SC. Parisiense latum Anno 1514. quo huiusmodi pactio-
nes sordidæ & fraudis consciæ declarantur.

ASSERTIO. XXII.

Spurii non sunt Infames.

SPVRII appellantur, qui vulgò quæsiti & incerto patre nati sunt, quales sunt, qui ex scorto seu meretrice nati sunt, sic dicti, quasi σποράδην concepti, vel quasi sine patre filii, vulgò nominantur bastardi, *quasi van oser aardt. §. si aduersus Instit. de nupt. l. vulgò concepti. ff. de stat. hom.* Quæritur autem à DD. An spurii sint infames habendi. Et verior probabiliorque est sententia, propriè nec juris nec facti infamiâ spurios notatos esse, & si negari non possit eis aliquid inesse maculæ, quod alibi Baldus scitè comparat auro alchimistico. Rectè enim & accommodatè de hisce liberis alicubi scribit Augustin. Benè est liberis quibus nec de matre est erubescendum, nec de patre dubitandum. Vnde & spurii jure ciuili tanto odio laborant, vt nec à patre quidem alimenta petere possint. *Auth. ex complexu C. de incest. nup.* Quod tamen intelligendum est non de liberis naturalibus ex concubina natis, sed de spurijs natis ex coitu à lege damnato, puta nefarijs & incestuosis liberis qui ex adulterio & incestu nati sunt. *d. auth. ex complexu, & ibi Gl.* Iure tamen Canonico clementius cum iis agitur, quia non est æquum infantem à Deo creatum fame necari. *cap. cum haberet ex. de eo qui dux. in matr. quam poll. per adult.* Quæ sententia & iudicando approbata est in curia suprema Mechliniensi, vbi pronuntiatum est, quod liberis quos sacerdos ex concubina susceperat, licet non succedant parentibus ab intestato, tamen alimenta illis sunt præstanda, secundum vires patrimonij, & qualitatem personarum, iuxta cap. cum haberet. *ex. de eo qui dux. in matr. quam pollu. per adult.* Ita pronunciatum in curia Mechliniensi Anno 1561. die 10. Ianuarij in causa liberorum spuriorum cuiusdam sacerdotis, D. Brunonis Wilhelmi sacerdotis ecclesiæ Wesopiensis quibus iussi sunt heredes proximi ab intestato competentia alimenta præstare ex bonis defuncti patris sacerdotis ad arbitrium & taxationem curiæ. Ita relatum extat in decision. supremi Senatus Holl. & Westfris. decis. 2. Duplici autem ratione hæc decisio, quod spurii non sunt infames, fundatur & stabilitur. Prima est quia pœna delicti suos debet tenere authores, nec vlterius progredi debet metus, quam reperiatur delictum. *l. sancimus, C. de pœn.* Cum ergo spurii nihil deliquerint, non debent luere pœnam scortationis paternæ. Altera ratio est, quod calamitas vel infortunium parentum non debet liberis damnum, aut dedecus adferre. *Instit. de*

ingen. in princ. l. crimen 26: ff. de pœn. vbi traditur, quod crimen vel pœna paterna nullam maculam filio infligere poteſt. Denique probatur hæc ſententia per *l. ſpurii. 6. ff. de decur.* vbi ſtatuitur, ſpurios poſſe in ordinem decurionum vel Senatorum eligi, addita hac ratione, quia non eſt impedienda dignitas ejus, qui nihil admiſit. Iure Cano. Spurij ad quaſuis dignitates, ſalua epiſcopali, admittuntur. *c. per venerabilem. Qui fil. ſint legit. Ariſtot. etiam libro. 6. Politic.* hoc genus hominum à Reipub. adminiſtratione minimè ſubmouendum arbitratus eſt. Porrò, vt dixi, leuis quædam macula adhæret ſpuriis, & plerumque ſpurii deteriores cæteris liberis euadunt. Vnde & dicuntur baſtardi, quaſi *boos aert.* i. de generis ingenii. Cujus rei elegantem rationem adfert Auguſtinus, dum inquit, Quia ejus modi filii à patre contemnuntur, nec rectè educantur, nec caſtigantur, vnde ſæpè deteriores cæteris euadunt. *Chryſoſt. in 12. cap. ad Hebræ. Homil. 29.* populum adhortatur, vt putent Deum agere paternè, quando nos caſtigat, nam patres ſpurios & nothos liberos negligunt. Ergo Deus quando caſtigat, agit verum & legitimum patrem.

Aduerſatur huic aſſertioni hoc argumentum. In liberis & poſteris plerumque exempla criminis paterni metuuntur. Scortatores namque videntur quandam vim transfundere in ſemen, quæ etiam tranſeat in filios; vnde malæ ſequuntur inclinationes: atque hinc judicantur cæteris eſſe deteriores, propterea quod puerili ætate non corrigantur. Reſp. Hoc argumentum eſt quidem probabile, non tamen neceſſarium. Nam & ſi ſæpè ſolet ſimilis filius eſſe patri, tamen hoc non eſt perpetuò verum, cum & ex improbo & vili patre aliquando naſcatur probus & integræ vitæ filius, ſicut è contra ex probo & honeſto patre degener & improbus ſæpè producitur filius. Vnde ſpurii ſi modo virtutibus, & honeſtis moribus præditi ſint, non debent propter natales impediri, quo minus ad honores & dignitates perueniant.

Secundò vehementer adverſatur locus *Deutero. c. 23.* vbi dicitur. Spurius non introibit in cætum vel concionem populi, ne in decima quidem generatione. Non ingredi in concionem, eſt ad fungendum officio ſacro vel ciuili in habilem reddi. Proinde ſpuriis non licuit tribunatum, præturam vel ſacerdotium gerere, licet patrem habuiſſent ſacerdotem, vel principem. Reſp. Excludebantur quidem lege Moſaïcâ ſpurii à miniſterio & dignitate Eccleſiaſticâ, ſed illa lege nunc non adſtringimur, & illa lex lata eſt ad ſcortationis deteſtationem tantum. Si itaque ſpurii ſint ſingulari prudentiâ, & excellentibus virtutibus præditi, non ſunt hodie ab officiis & muneribus Politicis vel Eccleſiaſticis prohibendi. Hinc & Iepthe qui ſpurius erat, & ex meretrice natus, à populo Iſraëlitico fuit in ducem exercitus, & principem populi electus, illumque Deus ipſe ſuo populo gubernatorem

em præfici voluit. *Iudic. 11. in princ.* quia Deus non ſibi, ſed hominibus gem præſcripſerat. Ad hæc & ſatis conſtat multos, qui ſpurii fuerunt, gregios & inſignes viros extitiſſe, & ad maximas dignitates euectos eſſe, vt *laotus in tractu de ſpuriis cap. 55.* ſolidè demonſtrat. Vbi inter cæteros, cenſetur Bartolus ICtorum Coryphæus, quem vulgo lucernam juris, fon- m veritatis, & ſaccum legum indigitant. Hic tamen extra coniugij ſchema atus, ſpurius fuit, ſed poſtea à Carolo IV. Cæſare natalibus reſtitutus, ac obilitatem adeptus eſt, vt refert *Bodin. lib. 1. de Repub. c. 9.* Quod confir- nat *Sannazarius* Italus poëta, qui aſſerit tres maximos juris noſtri inter- retes, puta Bartolum, Ioannem Andreæ & Iaſonem fuiſſe ſpurios & natos xtra legitimum thorum, referente *Alciato libro.* x. *Parergon. c. 8.*

Tertiò opponitur *l. 3. §. ſpurios ff. de decur.* vbi traditur quod ſpurii on admittantur ad honores, ſi alii legitimè nati cum iis concurrant. Reſp. 'erum quidem eſt, ſi alii legitimè nati cum ſpuriis concurrant, qui æquè oti & honeſti ſunt, tunc ſpurii illis cedere debent, quod ſi non eueniat, ourii etiam, modo ſint honeſti & probi, ad honores admittentur. Deni- ue hæc diſtinctio ſeruanda eſt in hoc articulo. Aut ſpurii re & vitâ hone- â ſunt, & tunc nullâ infamiâ laborare cenſentur, ideoque non obſtabit illis itium natalium, quo minus ad honores admittantur. *d. §. ſpurios.* vbi icitur, etiam ſpurii ad decurionatum & re & vitâ honeſtâ recipientur. nt ſpurii ſectantur vitia paterna, & tunc tanquam inhoneſti & infames honoribus arcentur. His ſuffragatur deciſio juris Canonici. *in c. nun- uam. diſtinction. 56.* vbi ex auctoritate Chryſoſtomi ſancitur hoc modo. Natus ex meretrice, ſi propria virtute decoretur, parentum non dedecoretur pprobriis. Hanc ſententiam, quod ſpurii non ſint infames, defendit *Pa- otus in tractatu de ſpuriis. capite quinquageſimo quinto. & ſeq. H. Piſtor. libro rimo quæſtion. jur. cap. 30. Fachin. libro quarto controuerſ. jur. cap. 93. Martyr. loc. commun. Theolog. claſſ. 2. cap. 11. Diſſentit Minſ. cent. 4. obſ. 31.* Vide & *co. Thomingium deciſion. 48. Tiraquel. in tract. de nobilitat. cap. 15. nu- ero. 30. & ſeqq.*

ASSERTIO XXIII.

Infames jure ciuili possunt esse procuratores.

CONTROVERTITVR inter DD. num infamis possit esse procurator. Et quidem jure ciuili infamis procurator esse potest, quia procuratoris officium est vile & abjectum, in quo dignitas personæ non attenditur §. *vlt. Inst. de except.*

Sed obstat *l. 1. §. remouet ff. de postulando.* vbi dicitur, quod infames remouentur à munere & officio aduocati. Resp. Officium aduocatorum est laudabile atque honoratum, estque aduocatio honos & dignitas *l. laudabil. C. de aduocat. diuers. jud.* atqui infamibus portæ dignitatum non patent. *c. infamibus. de R I. in 6.* procuratoris verò officium vile est atque priuatum, & in onere potius quam honore consistit. *l. si quis procurationem 34. C. de decurio. lib. 10.* Vnde infames à procuratoris munere non repelluntur. Secundò aduersatur. *l. qui accusare 8. ff. de accus.* vbi statuitur, quod quidam propter delictum prohibentur accusare, vt sunt infames. Vnde colligitur, quod infames etiam non possint esse procuratores saltem in causis criminalibus. Resp. Hoc non accipiendum est de qualibet infamiâ, sed de eâ quæ contracta est ex publico vel capitali judicio, vel grauiori quodam crimine. *arg l. 1. ff. de bon. poss. contr. tab.* vbi habetur quod deportatus ob crimen publicum habetur pro mortuo. Ergo cum infamis ex capitali crimine censeatur pro mortuo, procurator in judiciis esse non potest. Idem comprobat. *l. 1. §. remouet. ff. de postul. l. reum 6. C. de procur.* vbi traditur, reos vel damnatos capitali crimine non posse postulare vel procurare. Vel potest responderi, quod ex eo quod traditur infamem non posse accusare, non benè concluditur, generaliter infamem non posse accusare, non benè concluditur, generaliter infamem non posse esse procuratorem, sed hoc tantum inde consequitur, infamem in judiciis criminalibus non posse fungi procuratoris officio: nam in causis criminalibus, quæ per accusationes exercentur, procuratores neque pro accusatore, neque pro Reo interuenire possunt. *l. penult. §. 1. ff. de pub. jud.* De jure verò Canonico infames non possunt esse procuratores. *c. infames. 3. 4. 7.* Quod & hodie in judiciis benè ordinatis, & præsertim in Camerâ Imperii vsu obseruatur, in quâ nemo ad munus procuratoris admittitur, nisi sit Doctor vel Licentiatus juris. Ratio est quia hoc est consistorium summi principis, scilicet Imperatoris & statuum imperij, in quod nefas est ingredi infamibus. *arg. l. veterani 8. §. sed ignominia. ff. de excusat. tut.* vbi dicitur quod infames non possunt ingredi vr-

bnRomam, quia est Imperatoris vel Regis aula vel curia. Vnde nec in pncipis tribunali vel consistorio possunt exercere officium procuratoris. I elegantet tradit *Mantua in glossar. juris. clas. 9. cap.30.* Vide benè de hac re d erentem *Gail. lib.1. obs. c.43.* & *Sichard. ad l. reum. 6. C. de procu.* qui tamen cotrariam sententiam amplectitur, quod infames etiam de jure ciuili pos- si esse procuratores indistinctè.

ASSERTIO XXIV.

Procuratoris apocha de recepto, præjudicat domino.

GRAVIS & illustris quæstio est inter DD. An apocha facta à procuratore habente mandatum ad exigendam vel recipiendam pecuniam, hbeatur pro veritate, ita vt domino faciat præjudicium. *Bart. in l. 2. §. in ntui. ff. de rebus cred.* tradit, quod non præjudicet domino procuratoris pedicta confessio. Verùm contraria sententia verior est, & legibus magis cnsentanea, quod scilicet procuratoris apocha de recepta pecunia, præjudic domino. Probatur primo hæc sententia per *l. Lucius 46. §. tutelæ, ff. de aministrat. tuto.* vbi apocha tutoris, qua confitetur tutor sibi à debitore pupli solutum esse, præjudicat domino seu pupillo. Eadem ergo rationa apocha pcuratoris domino faciet præjudicium, quia non magis tutor potest done res pupilli, quam procurator pecunias domini. *l. præses. C. de transact. l. ptum curatoris 22. C. de pact. d. l. Lucius. §. vlt. in fin.* Comprobat secundò hanc cinionem, *l. vlt. ff. de Inst. act.* vbi etiam ad obligandum dominum chirogphum institoris seu procuratoris sufficit. Tertiò plurimum pro hac opirne facit. *l. 2. in fin. C. de quad. præscript.* vbi apocha facta à procuratore fi præjudicat fisco, vnde & de procuratore priuati idem erit dicendum.

Pro contraria opinione adducitur tex. in *l. 1. §. si mutuam. ff. si qu. in fraud. pro.* vbi traditur, quod licet libertus mutuum accipiendo & profundendo nceat patrono in legitima ei debita, verum tamen est, si id re ipsa accipiat, cnfessione verò sola mutui recepti ei præjudicare non potest. Similiter & pocurator bonorum etiamsi liberam administrationem habeat, confitendo nn præjudicabit domino, quia plus potestatis in negotio sibi demandato lbere nequit, quam libertus habet in propriis bonis. *l. creditor. 60. §. Lucs, ff. mandati. l. contra 28. §. si filius, ff. de pact. l. procurator cui generaliter. ff. de procurat.* Resp. Non obstat huic sententiæ quod dicitur in *d. l. 1.* cnfessionem à liberto de recepto in fraudem patroni factam, ei non parare pæjudicium. Hoc enim verissimum est, neque nostram euertit opinionem. lameodem modo, si constat de fraude procuratoris, & quod pecunia non ferit recepta, apocha procuratoris non nocebit domino, sicut nec patrono

nocet. Si tamen de fraude aliàs non constat; apocha vera præsumitur, nec eam procurator ipse, qui fecit, nec dominus negare poterit, nisi id legitimis probationibus ostendat. Hanc sententiam quod procuratoris confessio de recepta pecunia, quando præcessit mandatum de recipienda pecunia, præjudicet domino, egregiè defendit & illustrat *Sarmien. lib. 3. select. interpret. c. 11.* A quâ sententiâ dissentit *Fachinæus lib. 2. controuer. c. 55.*

ASSERTIO XXV.

Procurator ad certam litem datus, non solum appellare, sed etiam appellationem prosequi tenetur.

QVÆSTIO dubia & in diuersas partes agitata est inter DD. an procurator ad certam litem datus, suscepto officio non solum teneatur appellare, sed etiam appellationem interpositam ad extremum prosequi. Communiter DD. statuunt in *l. inuitus 17. C. de procurat.* procuratorem victum appellare quidem debere, sed institutam appellationem prosequi & exercere non teneri. Hanc sententiam sequitur & approbat *Boër. decis. 285. num. 9.* Contrariam sententiam defendit Placentinus vetus interpres, quod procurator non solum appellare, sed etiam appellationem institutam prosequi debeat. Quæ sententia accuratè comprobatur & defenditur à Donello, mihique quoque juri & legibus magis consentanea videtur. Probatur primò hæc decisio hac ratione. Procurator ad causam & litem datus, suscepto officio tenetur agere & rem judicio persequi. At verò agere est rem judicio ad extremum vsque persequi, donec aut quis consequatur agendo quod petit, aut re judicata certum sit factum amplius agi non posse. Itaque cum re judicatâ possit adhuc amplius agi auxilio appellationis, tenetur procurator qui causam promisit se acturum, non solum appellare, sed etiam causam appellationis prosequi. Secundò confirmatur hæc sententia expressè per *l. 2. ff. An per alt. causæ app.* cujus hæc sunt verba; Si procurator absentis appellauerit, deinde rationes reddiderit, nihilominus & ipse respondere debet; Quorum verborum hæc est sententia. Si procurator victus appellauit, vt pro officio appellare debet, quamuis rationes appellationis reddiderit, nihilominus debet respondere, id est, causam appellationis peragere, si vult obligationi & fidei susceptæ satisfacere.

Opponitur huic assertioni *l. si actor. C. de appellat.* vbi actor à curatore ordinatus, si victus sit, appellare quidem potest, verum non cogitur appellationem exercere & prosequi, sed hoc curatori committitur. Resp. Illic agitur

gitur de actore, qui à curatore ordinatus est ad litem, inter quem & procuratorem magna est dissimilitudo. Nam actor datur à tutoribus & curatoribus, qui non sunt domini litis. *l. neque 11. C. de procur.* Procurator datur à domino litis. Deinde actor datur, si justum aliquod impedimentum vel legitima necessitatis causa impediat tutores ab administratione: & cum decreto prætoris constituitur, si ea causa prætori probetur *l. decreto 24. ff. de administrat. tut.* At procuratorem constituit dominus pro suo arbitrio, vtpote in re sua, cujus ipse moderator est & arbiter, & tantum ei confert, quantum vult. Denique ad certam partem administrationis actor à curatoribus eligitur, cessanteque impedimento, propter quod tutores impediti actorem elegerunt, reuocatur actor. *l. 10. §. vlt. ff. de excus. tut.* At contra dominus, quia plenam habet rei suæ potestatem, procuratori actionem mandando, omnia quæ actionis verbo continentur, ei mandare censetur. Continetur autem agendi verbo, vt agat procurator, quamdiu de jure agi potest. In quo est appellatio, & appellationis prosecutio. Cum verò actori à curatore tantum certa pars administrationis, puta prima lis committatur, idque quamdiu curator est impeditus, secunda appellationis causa judicio & administrationi curatoris reseruatur. Non quia non actori isti generali verbo mandetur actio, sicut & procuratori, sed quia non patitur vtilitas minorum, vt plus mandatum intelligatur, quam quod nominatim & expressè cautum est, quo scilicet minorum actio & commodum, quam maximè fieri potest, in administratione & fide tutoris curatorisue retineatur. Ita eleganter & solidè tradit *Donel. lib. 18. comment. c. 16.*

ASSERTIO XXVI.

Quando dubitatur de mandato procuratoris, tunc admittitur cum cautione de rato.

TRADITVR hæc decisio pro regula in *l. 1. C. de procurat. & l. si seruum. 33. §. fin. ff. eo.* vbi statuitur, quod procurator agens alieno nomine debet cauere de rato, si de mandato ejus incertum est. Porrò in hac quæstione, quando cautio de rato præstanda sit à procuratore actoris, ita communiter distinguitur. Aut certum est procuratorem habere mandatum, & tunc nulla opus est cautione de rato *l. si procuratorem 65. ff. de procur.* tex. expressus in *l. vnic. C. de satisd.*

Sed obstat *l. de pupillo 5. §. qui procuratorio ff. de no. op. nunciat.* vbi etiam verus procurator, hoc est qui mandatum habet, de rato satisdare cogitur. Resp. Fieri quidem potest, vt quis sit verus procurator, & tamen de eo

non

non constet, itaque eo casu satisdabit de rato, cum dubium est an sit procurator. *Gloss. in l. non solum 39. §. 1. ff. h. tit.* Aut constat procuratorem nullum habere mandatum, & tunc ne offerens quidem cautionem de rato, inuito aduersario admittitur. per *l. si pupilli. §. vlt. vers. certè ff. de negot. gest.* Aut probabiliter dubitatur de mandato, vt si proferatur mandatum mutilum, insufficiens & minus plenum, & hoc casu admittitur procurator cum cautione de rato. tex. notab. *in l. si is à quo. §. si procurator. ff. vt in poss. legat.* Est itaque in electione procuratoris actoris, cum de mandato dubitatur, an velit cauere de rato, vel docere de mandato. Quæ sententia Iohannis Glossographi est probabilior. Recte enim ille notauit procuratorem actoris in hac cautione præstandâ reum esse. Atqui cum reus alternatiue obligatus est ad duo, tunc in electione ejus est, utrum præstare velit, *§. huic autem. 33. Instit. de act. l. plerumque in fin. ff. de ju. dot. Glossa in d. l. non solum*, §. 1. in verbo debet. vbi quoque Bart. eleganter hoc modo distinguit. Quem sequuntur *VVesemb. in parat. num. 6. de procurat. Donel. lib. 18. com. c. 13.*

Sed aduersatur prædictis *l. qui ita 66. §. 1. ff. ad S. C. Trebel.* vbi etiam procurator actoris absentis, qui desiderat sibi hæreditatem restitui, non admittitur cum cautione de rato, si de ejus mandato dubitetur. Resp. Vbicunque Reo non satis cautum est per satisdationem de rato, tunc debet constare de mandato procuratoris actoris. Sic in hoc casu si hæres cogeretur adire hæreditatem ad petitionem procuratoris, de cujus mandato dubitatur, & dominus postea non haberet ratum, nec esset, cui fieret restitutio hæreditatis, hæres remaneret implicitus oneribus hæreditariis. *Bart. ad d. l. non solum. §. 1. ff. de procurat.* Admittitur ergo procurator cum cautione de rato, quando per eam idoneè cautum est aduersario, aliàs de mandato procurator docere debet. Quæ doctrina limitatur in procuratore constituto de publico ad exigenda tributa, hic enim non admittitur, nisi insinuet judici mandatum. *Nouel. 128. §. qui verò ad quæcunque.*

Videtur etiam obstare huic decisioni *l. non distinguemus 32. §. vlt. ff. de recept. arb.* vbi procurator qui litigat nomine domini coram arbitro, non tenetur præstare cautionem, ratum habiturum dominum quod agit. Ergo nec procurator coram judice litigans, vbi de mandato ejus dubitatur, de rato satisdare tenetur: quia arbitria ad instar judiciorum sunt redacta. *l. 1. ff. de recept. arbitr.* Resp. Aliud in arbitriis quam judiciis receptum est, & ratio diuersitatis est, quia apud arbitrum ideò non cauetur, quod nemo tenetur præcisè ad id, quod in laudo arbitri comprehenditur: sed si soluat pœnam in compromisso definitam, non tenetur stare sententiæ arbitri. *l. 1. C. de arbit.* Quod non est in sententiâ judicis, cui litigantes præcisè tenentur parere. *Sichard. ad l. 1. C. de procur.* Prædicta obtinent in procuratore actoris. Procurator verò vel

[il]l defensor rei indistinctè tenetur cauere de judicato soluendo, etiamsi man[d]atum habeat, nisi dominus idem pro eo satisdare malit. *l. vnic. in fin. C. de* [sa]*tisd.* vel nisi immobilia possideat, quo casu nudè tantum promittit, *l. scien[du]m ff. qui satisd. cog.* Rationem diuersitatis reddit. *Accurs. in d. l. non solum,* [.] *§. 1. ff. de procur.* Denique supra-scripta decisio fallit in conjunctâ per[so]nâ, quæ etiam sine mandato alieno nomine agere & experiri potest, etiam [si] constat apertè eum nullum habere mandatum, dummodò satisdet de rato [e]*xigendi 12. & l. maritus 21. C. de procur. l. sed & hæ. 35. ff. eodem.*

ASSERTIO XXVII.

Maritus potest esse procurator vxoris, etiam sine mandato, dummodò caueat de rato.

MARITVS tanquam conjuncta persona potest esse procurator vxoris, & absque vllo mandato agere, litemque vxoris prosequi, & à sententiâ [a]ppellare, dummodò impleat solemnia satisdationis, hoc est, caueat de rato. [R]atio decidendi est, quia conjunctæ personæ, vt sunt parentes, liberi, fratres [&] affines possunt pro consanguineis & affinibus sine mandato agere & ex[pe]riri. *l. sed & hæ. 35. ff. de procur.* dummodò de rato caueant, *l. non solum* [.] *§. si de dote ff. de procurat.* Itaque & maritus potest sine mandato nomine [vx]oris agere in judicio, quia habetur pro conjuncta persona, modò de rato ca[ue]at. *l. 2. & l. maritus 21. C. de procur.*

Sed hisce duabus legibus, scilicet *d. l. 2. & d. l. maritus,* quibus traditur [ma]ritum posse esse procuratorem vxoris, citra mandatum, præstitâ satisda[tio]ne de rato, obstat. *l. vlt. C. de pact. conuent.* vbi traditur, quod maritus [ad]mittatur, vt tanquam procurator agat pro vxore, etiamsi non satisdet de [rat]o, hoc est, licet non caueat, quod vxor ratum habebit, quod per eum ge[stu]m erit. Ad hanc objectionem respondendum, quod vxor habeat triplicia [bo]na, dotalia, paraphernalia, & receptitia. Quod ad bona dotalia attinet, in iis [no]n solùm maritus absque mandato, sed etiam sine cautione de rato agere [po]test, quia super proprio suo jure agit, cum sit rerum dotalium dominus, [vn]de & eorum nomine non vxori, sed marito rei vendicatio competit. *l. [qua]e ancillam, C. de R. V.* Parapherna sunt, quæ præter dotem vxor marito [a]fert, quorum curam & administrationem vxor marito concedit. *l. si ego 9.* *§. dotis ff. de jur. dot. l. 8. C. de pact. conuent.* Et in his bonis maritus admit[tit]ur tanquam conjuncta persona sine mandato, vt sit procurator vxoris, [eti]amsi non offerat cautionem de rato. Et de illis duobus bonorum gene[rib]us agit. *d. l. vlt. C. de pact. conuent.* Tertiò sunt bona vxoris receptitia,

quæ nec dantur marito, nec administrat ea, sed ea mulier retinet sibi peculiariter, & in hisce bonis receptitiis procedit *d. l. 2. & d. l. maritus C. de procur.* quod scilicet maritus tanquam procurator vxoris possit in his bonis agere absque mandato, dummodò præstet satisdationem de rato. In aliis verò bonis etiam absque mandato & cautione de rato admitti debet. Ita eleganter distinguunt *Gail. lib. 1. obs. cap. 133. & Mins. cent. 3. obs. 33.* Illud tamen est obseruandum, quod quorumcunque bonorum instrumenta mulier marito tradiderit, per eam traditionem satis probari mandatum. Traditio enim instrumentorum ad litem pertinentium alicui à domino facta, facit eum procuratorem ad lites. *d. l. vlt. C. de pact. conuent.*

Postremò notandum, quod licet maritus possit esse procurator vxoris ad litem, non tamen potest esse curator bonorum vxoris, *l. 2. C. Qui dare tut. poss. l. virum. ff. de curat. furios.* Ratio diuersitatis est, quia curatoris officium longè plenius est, & magis præjudiciale, quam procuratoris, quia curator semel datus non potest reuocari, nisi aut suspectus fiat, aut anni curæ deputati sint elapsi, vel alia similis causa interuenerit. Sed procurator potest ad arbitrium domini reuocari ante litis contestationem. *l. ante 16. ff. de procur.* Ideóque facilius admittitur, quam curator. *Sichardus ad l. 2. num. 3. C. de procur.*

ASSERTIO XXVIII.

Minor 25. annis Iurisperitus læsus ex contractibus, in integrum non restituitur.

HÆc decisio hisce quatuor argumentis & rationibus comprobatur. Primò confirmatur ex eo, quod traditur in *l. 2. §. Post hos Quintus Mutius, ff. de orig. jur.* quod turpe sit IC. patritio, & nobili, & causas in foro peroranti, jus in quo versatur ignorare. Ergo Doctor juris si restitutionem peteret, quia per imprudentiam diceret se læsum, turpitudinem suam allegaret.

Secundò stabilitur hæc sententia ex eo, quod causa restitutionis in integrum sit imperitia rerum, quæ minorem ætatem plerumque comitari solet. *l. 1. ff. de minor.* Hæc autem ratio cessat in jurisperito, quia cum jurisprudentia sit diuinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia, certè qui omnium humanarum atque diuinarum rerum se peritum profitetur, nulla fronte poterit rei à se gestæ imperitiam allegare. Huc accedit, quod olim non solùm de jure respondebant jurisperiti: verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique negotio & officio consulebantur, ac si omnium rerum essent periti, ut Cicero testatur

testatur *lib. 3. de Orato.* Ridiculum autem esset illum, qui de agro emendo ab aliis consulitur, in emtione agri sui se captum esse prætendere, cum qui sibi non sapiunt, alteri viam infœliciter monstrent.

Tertiò hanc sententiam conuincit *l. regula. §. si quis ff. de jur. & fact. ign.* vbi dicitur, quod juris ignorantia non prodest, si quis IC. copiam habeat, vel sua prudentia instructus sit.

Quartò eadem opinio probatur ex *l. cum de indebito. §. sin verò ab initio ff. de probat.* vbi traditur, quod is qui doctus est & industrius paterfam. non præsumitur in aliquo facilè errasse, maximè si forensium rerum sit peritus, quæ peritia planè in legum Doctore desideratur. Et hanc esse communem DD. sententiam, quod minor ICtus, seu Iuris doctor læsus non sit restituendus in integrum, tradit *Fachin. lib. 3. controu. c. 5.* licet ipse in contrariam partem inclinet.

Objicitur *l. 1. C. Qui & aduers. quos.* vbi dicitur, si minor 25. annis decurio ciuitatis sit creatus, quod ei nihilominus restitutio in integrum concedenda sit. Atqui decuriones cum tractent negotia Reipub. & consiliis judiciisque Reipub. moderandis & exercendis præsint, planè debent esse legum periti. Ideóque cum decuriones nihilominus restituantur in integrum, si lapsi sint lubrico ætatis, consequitur & juris Doctores esse in integrum restituendos. Resp. Decuriones etiam ii rectè eliguntur, qui planè literarum sunt expertes, multò magis qui juris sunt imperiti *l. expertes 6. C. de decurio. lib. 10.* Nam decuriones tantum consilii publici gratiâ creabantur, curamq; & administrationem bonorum ciuitatis habebant, non autem judicandi munus gerebant, ac proinde legum peritia in illis non requirebatur *l. pupillus 239. §. decuriones ff. de V. S.* Quocirca à decurionibus ad Doctores juris non ducitur efficax argumentatio. Vide *Sarmien. lib. 3. select. interp. c. 12.* vbi in contrariam sententiam inclinat, quod videlicet minori 25. annis læso beneficium restitutionis in integrum non sit denegandum.

ASSERTIO XXIX.

Minor in delictis non restituitur in integrum.

REGVLA est juris, minorem nec in criminibus, nec in delictis restitui in integrum *l. si ex causa 9. §. nunc videndum l. auxilium 37. ff. de minor.* ubi traditur, quod certi juris sit in delictis prætorem minoribus 25. annis non succurrere, ideóque cessat in integrum restitutio. *fac. l. impunitas. Cod. de pœn.* Vbi dicitur, quod impunitas delicti propter ætatem non datur, si modò in ea sit ætate, in quam crimen quod intenditur, cadere potest. Crimina vocamus atrociora delicta, quorum nomine publica judicia exercentur, vel

extraordinaria criminalia. Delicta verò appellamus leuiora maleficia, quæ non propriè crimina dicuntur, sed maleficia, delicta, peccata, noxæ quæ differentia innuitur in *l. 1. C. Si aduerſ. delict.*

Objicitur huic deciſioni, quod aduerſus crimen inceſtus reſtitutio conceditur minori. *l. ſi adulterium cum inceſtu 38. §. 1. ff. Ad l. Iul. de adult.* Item contra SC. Libonianum conceditur reſtitutio minori, quod ſpeciem falſi continet. *l. Senatus ff. Ad l. Corn. de falſ.* Ad poſteriorem objectionem reſpondetur, quod ibi concurrebant alia, nempe juſſus patris, & profeſſio ignorantiæ, quæ merentur reſtitutionem. Similiter quoque in inceſtu dicendum eſt, ſi per dolum admiſſus eſt, ætatem non excuſare. Itaque poteſt dici, nullam ab hac regulâ exceptionem eſſe, ſi regula ita concipiatur: aduerſus crimina dolo malo commiſſa reſtitutionem minori 25. annis non concedi, contra delicta verò per culpam commiſſa reſtitutionem indulgeri. Item à ſecundâ regulâ caſus aliqui excipiuntur. Delicta quædam incidunt in noxam, quædam non, ea incidunt in noxam, quæ ex animo committuntur. Ex animo committuntur quæ dolo committuntur, ſiue in contractu ſiue extra contractum, vt in depoſito, in furto, & aliis dedictis priuatis, nominatis & innominatis. Item ex animo committuntur ea delicta, quæ ex ſcientia committuntur, quamuis ceſſante dolo, veluti ſi per culpam in faciendo committantur, vt accidit in actione legis Aquiliæ. Illa autem omnia delicta, quæ ex animo fiunt, incidunt in noxam, quæ autem in noxam incidunt, non juuantur reſtitutione, vt traditur in *l. 1. C. ſi aduerſ. delict. & d. l. ſi ex cauſa. §. nunc videndum.* Alia verò ſunt delicta, quæ non incidunt in noxam, ea ſunt quæ extra animum committuntur, id eſt, ignorantia, negligentia vel deſidia & aduerſus hujuſmodi delicta, quæ in noxam non cadunt, reſtitutio indulgetur text. eſt in *d. l. 1. C. Si aduerſ. delict.* cuius recta lectio eſt hæc: *Sed cum delictum non ex animo, ſed extra venit, noxa non committitur.* Illud poſtremò notandum, quod licet minor 25. annis teneatur ex delicto, tamen non debet puniri pœna ordinaria, ſed mitiùs punitur propter ætatem. *l. auxilium. 37. §. in delictis. ff. de minor.* in verbis, niſi quatenus miſeratio ætatis ad mediocrem pœnam iudicem produxerit. *fac. l. ferè in omnibus ff. de R. I. num. 108.*

ASSERTIO XXX.

Aduerſus præſcriptionem non competit majoribus 25. annis reſtitutio in integrum, ex causâ juſtæ & probabilis ignorantiæ.

CONFIRMATVR hæc aſſertio ex *l. vlt. C. de præſcript. long. temp.* vbi ſtatuitur præſcriptionem tam contra ſcientem quam ignorantem locum

em habere. Ergo restitutio in integrum non est concedenda aduersus præscriptionem ex causa ignorantiæ. Additur enim ratio decidendi in *d. l. vlt.* propter ignorantiam aduersarii vlla dubitationis inextricabilis oriatur occasio. Itaque restitutio deneganda est, ne propter ignorantiam nouæ orian- lites vel dubitationes. Eandem sententiam comprobat *l. omnes. C. de præscript. 30. an.* vbi traditur, eum qui longissimo tempore rem aliquam præscripsit, plenissima securitate esse munitum. Quod sanè verum non esset, ex capite ignorantiæ contra præscriptionem restitutio in integrum conce- retur. Huc accedit & hæc ratio, quod si propter ignorantiam restitutioni locus esset, nunquam vel rarò præscriptio locum haberet, quis enim sciens peretur res suas vsucapi: Tertiò hanc partem firmat *l. fin. C. de fund. pa- m. lib. 11. in verb.* nullam penitus actionem vel molestiam aut quamlibet inquietudinem formidare, &c. fit etiam l. 29. ff[illegible]

Opponitur *l. 1. ff. Ex quib. cauſ. maio.* vbi dicitur majores 25. annis in integrum restitui ex clausula, si qua justa causa Prætori videbitur. Atqui vide- ignorantiæ allegatio justa esse causa dandæ restitutionis. Resp. Prætor in edicto tantum concedit majoribus 25. annis restitutionem, qui Reipub. causâ absentes fuerunt,& res suas vsucapi passi sunt. At verò subjecta gene- is clausula, Si qua mihi justa causa videbitur, intelligitur de aliis similibus justis absentiæ causis, puta si quis studiorum vel alterius justæ peregrinatio- causâ absens, aliquid per vsucapionem de rebus suis amisit, vt huic etiam hoc edicto succurratur *l. sed etsi 26. §. vlt. & l. nec non 28. ff. ex qui. cauſ. maio.* nulla æquitas suadet ignorantibus concedi restitutionem contra præscri- onem, quia sic nunquam esset litium finis,& parum prodesset præscriptio, cum scientes res suas ab aliis detineri, sæpius interrumpant vsucapionem.

Secundo objicitur *l. 1. §. si quis propter ff. de itin. actuque priua.* vbi qui habet seruitutem itineris,& non vsus est ea propter inundationem, ex illo ca- pe edicti, si qua mihi justa causa videbitur, impetrat restitutionem. Resp. Restitutio ibi ex alio capite datur, quam nomine ignorantiæ, videlicet quia justo impedimento prohibitus quis est vti itinere vel actu, eo quod locus per quem actus vel iter competebat, flumine est inundatus.

Tertio aduersatur *l. vnus 34. §. vlt. cum l. & Attilicinus seq. ff. de seruit. præd.* vbi qui longo tempore non est vsus aquæductu ex fonte vel flu- mine, ideo quia fons seu flumen ex quo aqua ducebatur, exaruit, tamen impetrata restitutione in integrum restituitur ei seruitus, si fons ad suas venas redierit. Resp. Ibi non conceditur restitutio in integrum ex capite ignoran- tiæ, sed quia propter justum impedimentum vel casum fortuitum prohibi- tus est, suo jure vti.

Postremo objicitur hæc ratio, quod præscriptio introducta sit odium

negligentium res suas repetere, atqui ignorans non potest dici negligens Resp. Vsucapio non tantum odio negligentium, sed etiam bono publico introducta est, vt certa sint rerum dominia, & ne lites sint immortales *l. 1. ff vsucap. l. vlt. ff. pro suo.* Hanc sententiam quod majoribus 25. annis non detur restitutio in integrum contra præscriptionem, ex capite justæ & probabilis ignorantiæ defendunt *Fachin. lib. 1. controuers. c. 69. Sarmien. lib. 2. select. interpret. c. 10. Anto. Faber in C. Fabriano ad tit C. Si aduer. vsucap. definit. 1.* vbi tradit pro hac sententia, quod aduersus præscriptionem quadragenariam non detur restitutio in integrum, in curia Ducis Sabaudiæ esse pronuntiatum. Contrariam sententiam sequuntur *Accurs. in. l. si sic. ff. Quemad. seruit. amit. Bart. in. l. 1. §. si quis propter ff. de itin. actuque priuat. Castrens. ad. d. l. & Attilicinus. Cepol. c. 24. de seruit. vrba. Matth. de afflict. decis. Neap. 37. & 329. Cacheran. decis. Pedemont. 69. num. 16. VVesenb. in paratit. ad tit. de vsucap. nu. 14. Gail. 2. Obser. c. 19. nu. penul. & vlt. & Obser. 105. Vsillus in §. rursus. nu. 57. Inst. de act.* Quorum sententia est, quod restitutio in integrum contra vsucapionem seu præscriptionem 30. vel 40. annorum detur ex capite iustæ ignorantiæ, intra quadriennium à tempore scientiæ computandum. *VVesenb. d. loco.* Vide aliter *VVesenb.* de hac quæstione distinguentem ad tit. *Exqu. cau. maio. nu. 10. in paratit. ff.*

ASSERTIO XXXI.

Licitum est Christianis exercere judicia.

IVDICIORVM & actionum forensium auctoritas ideò publicè constituta & introducta est, vt quisque per viam juris, legitimis actionibus & remediis, suum jus ac sibi debitum consequatur, & ne cuiquam jus atque fas sit rei suæ consequendæ gratiâ, per vim atque injuriam, sibi aditum ad vindictam munire, *l. nemo exterus C. de Iudæ.* Porrò judicia & actiones exercere & legitimis disceptationibus forensibus jus suum consequi, cuique Christiano licitum & permissum est. Semper enim in omnibus benè constitutis Rebuspublicis in summo pretio & dignitate habita sunt judicia: vtpote per quæ quilibet recto & legitimo ordine res suas & sibi debitas tum consequi posset, tum res sibi legitimè acquisitas defendere & tueri.

Verùm hic occurrunt nobis Fanatici quidam spiritus, Anabaptistæ scilicet, qui planè omnia judicia & magistratus damnant, & fas esse negant jure diuino Christiano homini judicia exercere, & de jure suo in foro litigare. Pro sententiæ suæ confirmatione citant locum ex Paulo. *1. ad Corinth. c. 6.* vbi inquit.

inquit. Iam igitur omninò impotentia in vobis eſt, quod judicia, id eſt, controuerſias in foro diſceptandas habetis inter vos: vbi videtur omninò Apoſtolus judicia & definitiones controuerſiarum forenſium inter Chriſtianos tollere & abrogare. Reſp. Paulus non ſuſtulit prorſus omnia judicia, ſed tantum ea, quæ exercebantur apud tribunalia judicum & magiſtratuum Ethnicorum & infidelium: non enim fieri poterat, vt coram infidelibus judicibus contenderent fideles, quin variis calumniis eſſent obnoxii. Si inſtare poſſet aliquis: Imò videtur Apoſtolus in totum judicia & diſceptationes forenſes damnare, dum inquit, Cur non potius injuriam accipitis: cur non potius damnum patimini, quam ſcilicet judicio contendatis? Reſp. Id Paulus idcircò dicit, quod rarò ſoleant homines animo tranquillo litigare. Attamen ſi commoda offeratur ratio, qua ad tuum poſſis peruenire, non tantum potes, ſed etiam debes ſæpè lites proſequi. Tantum odium & acerbitas inimicitiarum deponenda eſt. Nam alioqui litigare licere, ſatis apparet ex ipſo Paulo prædicto loco cap. *6.* vbi monet tenuiores homines in Eccleſia eſſe diligendos, qui cognoſcant & dijudicent fratrum ſuorum cauſas & lites. Quinimò & idem Apoſtolus ſuo exemplo hoc confirmauit, quando ad Romani Imperatoris judicium & tribunal prouocauit. *Actor.25. verſ.10. & 11.* inquiens. Ad tribunal Cæſaris ſto, vbi me oportet judicari. item *verſ.11.* Cæſarem appello. Quibus verbis ſatis ſuperque docuit, judicio præeſſe, atque in judiciis litigare, ſeque contra accuſatores & aduerſarios defendere, nequaquam illicitum, aut jure diuino prohibitum eſſe. Ita reſpondet *Mart. in loc. com. Theolog. claſſ.4. cap.* 16. *num.* 18. *Beza in confeſſ. cap.5. de Eccleſia artic. 32.*

Secundo objicitur locus *Matth.7. verſ.1.* Nolite judicare, & non judicabimini. Reſp. Chriſtus loquitur ibi de priuato judicio, quod odio, ira, & cupiditate vindictæ exercemus, non de publico & legitimo judicio, vel politico magiſtratus officio, Hoc enim fit mandato DEI, illud vero ſine mandato DEI, nec ſanandi gratia, ſed vlciſcendi ſtudio. Iudicare igitur eo loco dicimur, cum aliorum vitam & doctrinam injuſtè & calumnioſè reprehendimus. Similiter non obſtant hæc loca *Matth.5.* Eſto amicus aduerſario tuo cito, & *Lucæ 6. verſ.29.* Et ab eo qui tollit tibi pallium, etiam tunicam ne prohibeto. & *Matth.5. verſ.40.* Et ei qui vult tecum judicio contendere, ac tunicam tuam capere, dimitte ei & pallium. Nam iis locis Seruator noſter calumnioſam proximi moleſtationem, & priuatam tantum vindictam prohibet. At vero magiſtratus cognitionem & poteſtatem quam ipſe dedit & confirmauit, non tollit, aut eleuat. Ita pulchrè reſpondet *Olden. in Libel. de formula inueſtig. actio. cap. Quatenus hodie vetus actionum ſolemnitas ſit ſublata.*

ASSERTIO XXXII.

Cæcus judex dari potest.

CÆCVS judicis officio fungi potest. tex. est in *l. cæcus ff. de judic.* Ratio est, quia cæcus judicio & prudentia non caret, vt furiosus & impubes qui ideò remouentur à munere judicandi, *l. cum prætor. 12. §. 2. ff. de judic.* Porrò hanc decisionem ita Accursius accipit, quod cæcus judex esse potest, modò ante cæcitatem judex datus sit. Si verò antequam judex detur cæcus fuerit, non potest judex constitui. Quæ sententia rectè notatur à *Duareno. lib. 1. disputat. cap. 24.* Nam & cæcus indistinctè judex esse potest, siue ante injunctum munus judicandi, siue post cæcus fuerit factus. Ratio est quia judicio non caret, vt cæteri, qui à judicandi munere arcentur. Iustum enim ab injusto, æquum ab iniquo rectè discernere potest, imò vi judicii cæci præpollent reliquis, quia objecta non perturbant sensus oculorum.

Sed objicitur *l. 1. §. casum. ff. de postulando.* vbi dicitur cæcum quidem acceptum magistratum retinere, sed ad nouum adspirare non posse. Resp. Distinguendum est inter magistratum & judicem datum. Iudex cæcus dari potest, quia in eo nihil præter judicium, prudentiam, vel doctrinam & virtutem requirimus. In magistratu deligendo, præter hæc omnia decoris & splendoris publici habenda est ratio. *l. rescripto. ff. de muner. & honor.* qui in cæco non existit. Ideóque cæcus ad nouum magistratum non admittitur, ne majestas quæ in magistratu relucet, vilescat.

Secundò aduersatur, quod multa per judicem fieri debent, quæ à cæco judice rectè expediri non possunt. Sic enim judex cæcus non potest ex scripto sententiam recitare, quod tamen omnino ad validitatem sententiæ requiritur, *l. 1. & vlt. C. de sentent. ex breuic. rec.* Similiter quoties de finibus agrorum controuersia mouetur, judex ipse in rem præsentem venire, & loca oculis subjicere debet, quæ omnia à cæco nullo modo perfici & exequi possunt *l. si irruptione, 8. §. 1. ff. Fin. regund.* Resp. Hæc omnia commodè judex per alios, puta adsessores judicii, agrimensores, item per Notarium causarum expedire & absoluere poterit. Hanc sententiam tuentur *Hotoman. in illustr. quæst. 28. Duarenus d. loco.* Dissentit *Robert. lib. 3. sententiarum c. 23.* Huc non incommodè referri potest exemplum L. Torquati, de quo ita scriptum reliquit *Bodin. lib. 4. de Repub. c. 4. in fine.* Cum L. Torquato Populus Romanus tertium consulatum detulisset, valetudinem oculorum excusauit, quod indignum duceret ei fortunas ciuium ac Rempub. committi, qui alienis oculis vti cogeretur. Quem tamen nihil prohibebat acie ingenij omnia prospicere, optiméque ciuitati consulere.

ASSER-

ASSERTIO XXXIII.

Ii quibus mandata est jurisdictio, judicem dare possunt.

GENERALITER & apertè definit Paulus in *l. cum prætor. 12. §. 1. ff. de judic.* Eum cui mandata est jurisdictio, judicem dare posse, vbi quod [illegible]ditur, vt sunt legati proconsulum, exempli causâ adjectum censetur, vt [n]ihilominus etiam in aliis mandatam jurisdictionem habentibus id obti[n]eat. Exempla enim, vt benè vulgò dicitur, non stringunt sed declarant re[g]ulam *l. 1. §. quod vulgò. ff. de & vi. vi. ar.* Nam sic quoque procuratori Cæsaris [vi]cem præsidis agenti, id est, mandatá ei à præside jurisdictione, permittitur [iu]dicem dare inter priuatas personas, inter quas alioqui jurisdictionem non [h]abet *l. 1. C. de peda. jud.*

Obstare videtur huic decisioni *l. vlt. ff. de offic. ejus cui &c.* vbi traditur [eu]m cui mandata est jurisdictio, alteri eam mandare non posse. Quibus ver[bi]s censent Accurs. aliique interpretes hoc significari, nec eum qui man[da]tam habet jurisdictionem, causam judici dato delegare posse. Resp. Longè [di]uersa sunt hæc, mandare jurisdictionem, & judicem dare. Mandare juris[di]ctionem, est quidem judicem dare, sed cum imperio & potestate judicati [ex]equendi: id enim significat jurisdictio. Iudicem dare, est simpliciter judi[ce]m dare qui judicet, sed sine jurisdictione & imperio, & sine exequendi po[tes]tate. Qui mandatam habet jurisdictionem, ideò eam alteri mandare non [po]test, quia habet alienam, non suam, tantumque ei exercitio commissa est, [qu]æ est personalis, nec personam egreditur. At ideò judicem dare potest, [qu]ia nihilomninus in eâ causâ jurisdictionem retinet. Sententia enim à ju[di]ce dato lata, hanc exequetur is, qui eum dedit, vt fieret, si judicem dedisset [ip]se magistratus. *L. à D. Pio. 15. §. 1. ff. de re jud.*

Grauius obstat *l. eum qui 13. ff. de jurisdictio.* vbi statuitur, eum qui judi[ca]re jubet, magistratum esse oportet. Quod tantundem valet, vt non alius [po]ssit jubere judicare, seu judicem dare, quam qui est magistratus. Atqui cui [m]andata est jurisdictio, non est magistratus, quia non habet jurisdictionem [su]o jure, ideoque is cui mandata est jurisdictio, judicem dare non potest. [R]esp. Per hoc quod dicitur, eum qui judicare jubet, magistratum esse opor[te]re, non excluditur is, cui mandata est jurisdictio, quoniam is vice magistra[tu]s fungitur, ejusque imperio & potestate vtitur. *l. 3. ff. de offic. ejus cui &c. [l.] solet. 16. ff. de jurisd.* Nec mouere debet quenquam, quod is cui mandata [es]t jurisdictio, non sit magistratus. Sanè enim quoad honorem & proprie[ta]tem jurisdictionis non est magistratus. At verò exercitione & vsu imperii

eſt magiſtratus, aut certè pro magiſtratu habendus, dum vice & partibus ejus fungitur, & eodem eſt imperio.

ASSERTIO XXXIV.

Legitima liberorum originem à jure gentium traxit, modum & quantitatem à jure ciuili habet.

QVOD legitima portio debita liberis ex bonis parentum, ſit juris naturalis, probant *l. cum ratio ff. de bon. dam. Auth. hoc amplius C. de fideicom.* §. *1. Nouel. de hæred. & falcid.* §. 1. *Nouel. 18. de tri. & ſemiſ.* Confirmatur & hac ratione, quia legitima portio ſuffecta eſt in locum alimentorum *d. Nouel. 18.* §. *prohibemus. l. quiſquis* §. *ad filias C. ad l. Iul. majeſt.* Sed alimenta jure naturali debentur. *l. ſi quis à liberis ff. de agnoſc. lib.* Igitur & legitima portio eſt juris naturalis. Quod ita intelligendum eſt, quod originem quidem habet legitima à jure naturali, quia naturalis ratio omnibus hominibus innata ſuadet, vt ſicut parentes liberos educare tenentur, ita & bona liberis poſt mortem relinquere, vt honeſtè alantur. Verum quantitas & modus legitimæ, quod certa ſcilicet portio, pro legitima debeatur liberis, hoc jure ciuili introductum eſt, puta, vt ſi quatuor ſint liberi vel pauciores, triens debeatur pro modo legitimæ: ſi verò plures ſint, ſemis in legitimam detur *Nouel. 18.* §. 1. *Auth. nouiſſima. C. de inoff. teſtam.* Quod hoc vulgato verſiculo expreſſit Accurſius. Quatuor aut infra dant natis jura trientem. Semiſſem verò dant natis quinque, vel vltra.

Opponitur primò, quod ſucceſſiones inteſtati ſunt juris ciuilis. *can. vlt. diſt. 1.* §. *in teſtatorum Inſt. de hæred. quæ ab inteſt. l. lege 12. tab. C. de legit. hæred.* At portio legitima eſt pars ſucceſſionis ab inteſtato. *l. Papinianus,* §. *ſi quis mortis. ff. de inoff. teſtam. l. parentibus C. eo.* Ergo legitima portio eſt juris ciuilis. Reſp. Legitima portio eſt pars bonorum, illiuſve ſucceſſionis. quæ jura non continet. *d. l. Papinianus,* §. *quarta,* quæ eſt juris naturalis vel gentium *l. vlt. C. Quo bon.* non etiam hæreditariæ ſucceſſionis, quæ commoda & incommoda continet, quæ eſt juris ciuilis.

Secundò opponitur, quod jusjurandum contra jus naturale præſtitum non eſt ſeruandum *c. ſi quis c. inter cætera & c. vlt. 22. 44.* At jusjurandum quo filia renunciat legitimæ portioni valet *c. quamuis 10. de pact.* Ergo legitima portio jure naturali non debetur. Reſp. Cum dos legitimæ portionis locum obtineat *l. quoniam nouella C. de inoff. teſt.* manifeſtum eſt, filiam in *d. cap. quamuis,* quæ dote accepta renunciarit hæreditati paternæ, legitimam portionem accepiſſe, licet fortè minorem, quam lex ciuilis ſtatuit.

Tertiò

Tertiò objicitur. Legitima portio ciuili exhæredatione tollitur §. *aliud.* & §. *causas. Nouel.115.* Ergo est juris ciuilis. Resp. Naturali ratione & jure filius ingratus legitimâ priuatur. Ingrati enim crimen efficit, vt non tantum alimentis, sed etiam paternis bonis indignus filius censeatur. Ita eleganter tradit *Guib. lib.1. quæst. jur. cap.15.* Quam sententiam communiter approbat DD. referente *Gail.lib.2. obser. c.122. num.7.*

ASSERTIO XXXV.

Legitima relinquenda est liberis titulo institutionis, non legati, fideicommissi, aut donationis titulo.

CONFIRMATVR hæc decisio claris & expressis textibus in §. *adhæc aliud capitulum, &* §. *hæc autem disposuimus Nouel. 115. Vt cum de app. cogn.* vbi Imper. disertè & rotundè statuit, quod parentes non possint heros ex hæredare aut silentio præterire, nisi sint ingrati, sed debent eos etiam in legitimâ instituere, neque sufficit vt inquit Imp. in *d.* §. *ad hæc aliud*, etiamsi parentes ipsis per quamlibet donationem, legatum aut fideicommissum, aut alium quemcunque modum debitam portionem legibus contulerint. Non sufficit ergo ad validitatem testamenti, si legitima liberis, titulo legati, vel donationis causâ mortis, aut alio quolibet singulari titulo sit relicta, sed necessarium est titulo institutionis legitimam relinquere. Cujus juris ratio est duplex, prima quia longè vtilius est liberis, titulo institutionis, quam alio singulari titulo hæreditatem paternam consequi. Si enim hic filius hæres institutus in legitimâ alios habeat cohæredes, illis nolentibus adire, vel morientibus ante aditam hæreditatem, tota successio & hæreditas jure accrescendi filio accedet *l.vnic. C. quan. non peten. part. peten. acces.* Altera ratio est, quod hæredis nomen multo est honestius quam legatarii, & pleniori jure & honore hæreditates, quam legata tribuuntur. *l. 5.* §. *& si portio. ff. de legat. præst.* & ignominiosum est filium paternâ hæreditate carere. Objicitur primo quod institutus in re certa est loco legatarij. *l. quoties 13. C. de hered. inst.* Ergo & filius institutus in re certa seu legitima, est loco legatarij, quia legitima semper res certa est, siue quoad quotam legibus definitam, siue quoad æstimationem, quoniam ea non hereditatis quota est, sed bonorum. cum non ponatur eius ratio, nisi deducto ære alieno *l.8.* §. *quarta. ff. inoff.* Resp. Filius institutus in re certa non est propriè heres, nec propriè legatarius, sed tertiam quandam speciem constituit, quæ in aliquibus legatarij, in quibusdam hereditatis naturam imitatur. Nam quatenus non utitur actionibus hereditariis, nec illis cõuenitur, legatarij naturam participat. Cæterum heredis loco est, quia institutus in legitima vel parte ejus, non

impugnat testamentum per querelam inofficiosi, & jus accrescendi habet, deficiente vel non adeunte coherede. *Arg. l.1.§. si ex fundo. ff. de her. instit.* Facit etiam pro confirmatione huius sententiæ, quod legitima titulo institutionis sit relinquenda liberis, quia petitur legitima actione familiæ erciscundæ à liberis, *l.2.C.de inoffic. donat.* quæ actio non aliis competit, quam vniuersalibus successoribus, qui titulo hæreditatis ad successionem vocantur *l.2.§.1. & 2.ff. Fam.ercisc.*

Secundò objicitur huic decisioni *§. vlt. Instit.de inoff. test. auth. nouissima. cum l.omnimodò §. & hoc quidem, l.si quando, §. vlt. C. de inoff. test.* vbi traditur, sufficere legitimam liberis relinqui, quocunque relicti titulo. Resp. Istæ leges & constitutiones omnes loquuntur, secundum dispositionem juris veteris, quo jure sufficiebat ad excludendam querelam inofficiosi, quocunque titulo vel hæreditario vel legati vel fideicommissi legitimam liberis relinquere. Sed hoc per postremam Iustiniani nouellam constitutionem correctum est, & statutum jure nouissimo, vt testamentum patris non valeat, nisi titulo institutionis legitima liberis à parentibus relinquatur *d. §. adhæc aliud.*

Tertio oppono, quod imperfectum testamentum patris valet inter liberos. *l.21.§. ex imperfecto. C. de testa.* Ergo necesse non est adhibere hanc solennitatem in testamento patris, vt legitima institutionis titulo liberis relinquatur. Resp. Valet testamentum imperfectum inter liberos, quod destitutum est numero solenni septem testium, item subscriptione & sigillis testium, & aliis id genus solennibus. Non tamen valet, si careat institutione filiorum, quia hæc est substantialis pars, imò caput & fundamentum totius testamenti, heredis scilicet institutio. *§. ante heredis. Inst. de Legat.* Vnde ex *dicta No.*115. hoc testamentum patris, in quo legitima liberis institutionis titulo non est relicta, rescindi poterit. Hæc est communis DD. opinio, à qua in judicando & consulendo non est recedendum, quod scilicet in testamento inter liberos condito, pater debet liberis relinquere legitimam titulo institutionis. Ita notet *Iul. Clarus* nunquam satis laudatus ICtus in *recept. sentent. in §. testamentum. quæst. 8.* Hæc quoque sententia in curia Hollandiæ judicando approbata est in lite pendente inter tutores Euæ Friderici, & Iohannem Thomæ ab Abbekerck, vti relatum extat in decisionibus curiæ Hollandiæ. decision. 17. Anno 1583. 9. Ianuarij. Plane non est necesse, vt parentes integram legitimam liberis titulo institutionis relinquant, sed sufficit, vt in quantacunq; portione hæreditatis eos instituant: per hoc enim querela inofficiosi excludetur, & competet liberis tantum actio ad supplementum legitimæ. *d. nouel. 115. §. hæc autem disposuimus. l. omnimodò C. de in off. test.* Quæ actio ad supplementum legitimæ eò differt

rt à querela inofficiosi, quod perpetua sit, & triginta annos duret, neque quinquennio finiatur, vti querela inofficiosi *l. scimus. §. illud. C. de inofficios. test.* Ita communiter DD. placuit contra *Bart. in l. si quis filium 34. C. eod.* referente *VVesemb. in §. tam autem. nu. 8. Inst. de inoff. test.* Hæc sententia, quod ad hoc vt valeat testamentum patris inter liberos, requiratur, vt legitima liberis titulo institutionis relinquatur, communiter à DD. recepta est, & approbata. Ita notant *Fachin. lib. 4. controuers. cap. 24. & lib. 12. controuer. c.* . *Vigl. ad §. vlt. Inst. de inof. test. And. Gail. lib. 2. Obs. c. 112. nu. 10.* vbi notat hanc esse communem DD. opinionem contra Iasonem, quod scilicet filius debet necessario institui in legitima: alias non valet testamentum patris, à qua sententia notat non esse recedendum, nec in judicando, nec in consulendo. Idem affirmat *Anto. Tessaurus decis. Pedemontana 58.* vbi dicit hanc communem DD. sententiam, vbique terrarum esse receptissimam, vti notat *Faber. in error. Pragmat. decade 14. erro. 6.* vbi tamen ille in diuersam sententiam discedit, & statuit, quouis titulo liberis legitimam relinqui posse. Dissentit *Vaudus lib. 1. quæst. 5. Faber in error. Pragmat. decade 14. errore. 6.*

ASSERTIO XXXVI.

Legitima parentum non est aucta, vt liberorum.

FILIORVM legitima, quæ olim jure veteri fuit quadrans, ex postremo jure Nouellarum aucta est ad trientem, si quatuor sint liberi, vel si plures, ad semissem. Sed quæritur, an & legitima portio parentum eodem modò sit aucta. Et quidem Accurs. cæterique DD. in *Auth. nouissima C. de inoff. test.* eam pari modò, sicut in liberis auctam esse affirmant. Verum contraria sententia mihi probabilior & tutior esse videtur. Quæ sententia satis apertè probatur ex §. 1. *Nouel. de trien. & semiss.* vbi Imp. hanc causam noui juris introducendi proponit, quod scilicet ideò auxerit portiones hæreditarias filiorum, ne ex partium hæreditariarum immutatione liberi summam paupertatem & inopiam vereantur. Præterea subjungit Imp. fore admodum iniquum & inhumanum, si prædiues aliquis pater relinquat decem fortè liberos, eos non plus percipere, quam si duo vel vnus tantum relictus esset: ex quo verendum esset, ne magnâ inopiâ & fame liberi premerentur. Hæc causa, quæ fecit nouæ constitutioni locum, non potest in parentibus euenire, quia illi tanto numero, quatuor scilicet vel sex, liberis raro aut nunquam superstites esse possunt.

Sed objicitur §. *hoc obseruando. d. Nouel. 18.* vbi statuit Imp. quod omnium eorum portio aucta est, quibus antiquæ quartæ ratio de inofficioso querelam

 suggerebat.

suggerebat. Resp. Hoc non ita accipiendum est, vt ad parentes sit referendum, sed ad filios, nepotes, & sic deinceps liberos inferioris gradus. Item ad liberos naturales, si de successione matris agatur, nam & de inofficioso testamento matris spurii quoque liberi dicere possunt, *l. si suspecta. 29. §. de inofficioso ff. de inoff. test. §. non licebit. d. nouel. 18.* Hanc sententiam comprobat & ipsa inscriptio tituli in *Nou. 18.* quæ ita concepta est, de filiorum & nepotum, item de naturalium liberorum successione, de parentibus verò nihil adjicit. Probat hanc decisionem *Vaudus. lib. 1. quæst. c. 50.* Dissentit etiam ab hac opinione *Fachinæus libro 4. controuer. iuris. c. 28. & Cuiat. in expositione Nouellæ 18. in princ.* qui statuunt, non solum in parentibus, sed etiam in fratribus auctam esse legitimam vsque ad trientem: idque statuunt moti argumento ducto ex *§. 1. de No. 18. in fine.* vbi dicitur. Hoc eodem scilicet augmento obtinente in omnibus omnino personis, quibus olim quadrantis nomine de inofficioso querela legibus attributa fuit, Denique notandum quod in praxi & vsu forensi receptum sit, quod legitima partis fratrum & sororum aucta, non sit à Iustiniano. Ita decisum extat in SCto Neopolitano: attestante *Afflicto in decisionibus Neapolitanis. c. 204.*

ASSERTIO XXXVII.

Petitio hæreditatis non datur contra titulo poßidentem.

PROBATVR hæc sententia apertis & euidentibus textibus in *l. 2. l. hæreditas 7. C. de petit. hæredit.* textus rotundus in *l. hæreditatem 4. C. In qui. caus. ceß. long. temp. præscript. l. sed et si 25. §. item si rem ff. de petit. hæred.* vbi dicitur emptores rerum hæreditariarum, & alios qui speciali titulo res hæreditarias compararunt, conueniendos esse rei vendicatione, non petitione hæreditatis. Ratio assertionis hæc est. Proprium petitionis hæreditatis officium est, de jure hæreditario succedendi in bona defuncti contendere. Possessor autem qui allegat titulum specialem, non contradicit aduersario se hæredem asserenti, neque controuersiam hæreditatis ei facit, sed mouet illi contentionem dominii, negatque aduersarium esse dominum. Itaque in hoc casu frustra instituitur petitio hæreditatis, quia in eâ non agitur ad dominium, sed tantum ad jus hæreditarium. Quare contra eos qui titulo speciali possident, intentanda est rei vindicatio, in qua de dominio controuertitur. *d. l. hæreditatem 4. l. hæredes 25. §. quod pro emptore. ff. fam. ercisc. VVesenb. in parat. ff. de pet. hæred. num. 10. in fin. Oldendorp. classe. 5. act. 5.*

Primò objicitur huic decisioni *l. nec vllam 13. §. quid si quis. ff. de petit hæred.* vbi

bi dicitur, quod vtilis petitio hæreditatis intentari poſſit contra emptorem hæreditatis. Reſp. Duo tantum caſus ſpeciales ibi proponuntur, in quibus emptor hæreditatis conuenitur vtili petitione hæreditatis. Primus eſt, cum non extat venditor hæreditatis vt cum eo agi poſſit, tunc enim deficiente venditore, in ſubſidium datur in emptorem, quaſi in hæredem ejus, petitio hæreditatis. Secundus caſus eſt, ſi modico pretio hæreditas vendita eſt, tunc enim quia non expedit agere contra venditorem, ad emptorem manus porrigi debent.

Secundò opponitur, quod petitio hæreditatis intentatur contra eos, qui pro hærede, vel pro poſſeſſore poſſident. *l. regulariter & l. ſequent. ff. de pet. hæred.* Atqui titulus pro hærede & pro poſſeſſore ſunt juſti & legitimi tituli, quia ad vſucapionem complendam proſunt poſſeſſori. *toto tit. ff. & C. de vſucap. pro hærede.* Reſp. Titulus pro hærede bifariam accipitur in jure. Primò quoteis tractatur materia petendæ hæreditatis, quam falſa opinione aliquis putans ſe hæredem, poſſidet, toties oportet ea verba, *pro hærede*, accipere non pro vero titulo. ſed pro erronea quadam exiſtimatione & pûtatiuo titulo *l. pro hærede 11. cum ll. ſeq. ff. de petit. hæred.* Nam ſi reuera eſſet hæres, nunquam daretur contra eum petitio hæreditatis. Vbi verò non tractatur controuerſia juris hæreditarii inter duos, ſed diſceptatur de re aliqua, cujus dominium prætendit poſſeſſor, quia dicit ſe per hæreditariam ſucceſſionem acquiſiuiſſe, iſta verba *pro hærede*, intelligenda ſunt pro vero & juſto titulo, propter quem competit vſucapio. *l. cogi C. de petit hæred. l. 1. C. Si quis ignor. rem mino. ſine decr. alie.* Ita declarat *Anton. Gomel. in comment. ad L. Tauri. l. 45. n. 161.*

Tertio objicitur *l. nec vllam 13. §. ſi quis ſciens. ff. de pet. hæred. & l. 2. C. eodem.* vbi emptor hæreditatis, qui ſciens emit alienam hæreditatem, vtili petitione hæreditatis tenetur. Reſp. Hic emit mala fide hæreditatem, vel quondam hæreditatis partem, quia emit poſt motam litem vel controuerſiam de hæreditate, poſt quam controuerſiam motam omnes incipiunt eſſe malæ fidei poſſeſſores *l. ſed etſi 25. §. ſi ante ff. de pet. hæred.* Ideóque talis emptor meritò tenetur petitione hæreditatis, quia injuſtus & inutilis titulus pro nullo habetur.

ASSERTIO XXXVIII.

Nullum eſt directum dominium, nullum vtile.

INTERPRETES duplex ſtatuunt dominum, aliud directum, aliud vtile. Directum dominium vocant id, quod & principale & ſuperius appellatur, quod habet is, qui plenus & ſuperior eſt dominus, quale habet dominus feudi

feudi & emphyteuſeos. Vtile dominium dicitur, quod eſt inferius, cum proprietas penes alium eſt, quale habent vaſallus, emphyteuta, & ſuperficiarius. Ita tradunt *Minſ. ad rubr. tit. Inſt. de rerum diuiſ. Coſtal. ad l. 1. ff. Si ag. vectig.* Verum hæc vocabula ſunt interpretum & Magiſtrorum juris, non verò in ipſo jure & legibus tradita extant. Ideóque cum *Duare. lib. 1. diſput. c. 17. & Cujac. lib. 11. obſeruat. c. 35.* ſtatuendum magis ex errore, quam veritate legum hanc diſtinctionem à DD. introductam, quod aliud ſit dominium directum aliud vtile. Nam vnum tantum & ſimplex eſt dominium, quod nihil aliud eſt, quam proprietas rei *l. 11. §. 3. ff. de except. rei jud.* Cum autem duo non poſſint eſſe in ſolidum ejuſdem rei domini, ex eo ſequitur, quod neque duplex poſſit eſſe penes duos ejuſdem rei dominium. Sicut enim poſſeſſio non admittit conſortem in ſolidum, ita nec dominium *l. ſi vt certo, §. ſi duobus ff. Commodati.*

Contra hanc deciſionem tale adfertur argumentum. Actio in rem nulli competit, niſi ei qui jure gentium aut jure ciuili dominium rei acquiſiuit. *l. in rem 23. ff. de rei vend.* Sed actio in rem datur emphyteutæ, vaſallo, ſuperficiario, aliiſque ſimilibus *l. tutor. 16. §. fin. ff. de pig. act. l. ſi finita. §. ſi de vectigalibus ff. de dam. infect.* vbi IC. Vlpianus vectigalem ſeu emphyteuticariam actionem vtilem vendicationem appellat. Similiter in *l. in ſpeciali. 73. cum l. ſeq. ff. de rei vend.* traditur, quod ſuperficiario Prætor causâ cognitâ actionem in rem pollicetur. Denique vaſallus poteſt tanquam dominus feudum à quocunque poſſidente petere, ac quaſi vendicare *c. 1. §. rei autem. de inueſt. de alie. fact.* Ergo hi omnes ſunt vtiles ſaltem domini. Reſp. Datur his vtilis in rem actio, non reſpectu vtilis dominii, ſed reſpectu effectus, quia ſcilicet habent jus proximum dominio, pro quo jure aſſerendo ad exemplum dominorum illis in rem actio accommodatur, ne ſcilicet jure ſuo alioqui planè fruſtrentur & priuentur. Itaque hoc intuitu poteſt dici aliud eſſe plenum, aliud minus plenum dominium, ab accidenti, quia ſcilicet emphyteuta, vaſallus, ſuperficiarius tale jus habent, quo omnem vſum & commoditatem rei percipiant, ſed propterea dominium in ſpecies duas, directum & vtile ab accidentibus diuidi non poteſt, quia accidentia non conſtituunt diuerſas ſpecies. Hanc ſententiam, quod ſcilicet non ſit aliud directum, aliud vtile dominium, ſed quod vtilis in rem actio aliquibus detur, qui jus habent proximum dominio, puta emphyteutæ, ſuperficiario & vaſallo, plene & ſolidè tradunt & confirmant *Faber. lib. 20. Coniectur. Iur. c.* XI. *Ludouicus Maynus libro* 1. *actionum. cap.* VI. *Cuiat. in parat. C. de nudo iure Quirit. toll. Oldend. claſ. 3. act. 2. Vulte. in diſcept. ſcholaſt. c. 19. Coſtal. ad l. 1. ff. Si ager. vect.* vbi notat, quod hæc vocabula directum & vtile dominium, ſint magiſtrorum & interpretum, non juris.

ASSERTIO

ASSERTIO XXXIX.

Malæ fidei possessor necessarias impensas repetit.

POSSESSOR malæ fidei ſumtus neceſſarios in rem alienam factos repetere poteſt. text. ſunt in *l. domum C. de rei vendic. & l. planè 38. ff. de pet. hæred.* Verum huic deciſioni grauiter aduerſatur *l. 1. C. de infan. expo.* vbi apertè traditur, malæ fidei poſſeſſorem, impenſas alimentorum, quæ neceſſaria ſunt, cum ſine iis quis viuere non poſſit *l. necare ff. de lib. agnoſ.* repetere non poſſe, nec etiam per retentionem rei retinere. Ita enim ibi ſcribitur. Si inuito vel ignorante te partus ancillæ expoſitus ſit, repetere eum non prohiberis, ſed reſtitutio ejus, ſi non à fure vendicaueris, ita fiet, vt ſi qua in alendo, vel forte ad artificium diſcendum juſtè conſumta fuerint, reſtituas. Ibi apertè ſtatuitur furem ſumtus in alendo puero expoſitos, qui neceſſarii ſunt, repetere non poſſe.

Accurſius reſpondet aliud in fure quam in malæfidei poſſeſſore ſtatutum eſt, quod ſcilicet fur non repetat neceſſarias impenſas, ſed tamen alius malæ fidei poſſeſſor eas deducat. Reſp. Hæc ſolutio non ſubſiſtit, nam & prædo neceſſarios ſumtus repetit. *l. planè 38. ff. de petit. hæred.*

Verior itaque & probabilior hæc ſolutio retinenda eſt, quod ſcilicet ideò fur non repetat ſumtus collatos in alimenta pueri à ſe furto ſubtracti, qui apud eum adoleuit, quia tam pueri, quam adoleſcentis furtum fecit: vnde propter continuationem furti tenetur ad pœnam dupli, habita ſcilicet æſtimatione non pueri, ſed adoleſcentis, quanti vnquam apud eum plurimi fuit. text. ſunt in *l. inficiando 67. §. infans ff. de furt. l. ex argento 13. ff. de cond. furt.* vbi inquit Paulus, ſi infans ſubreptus adoleuerit, æſtimatio fit adoleſcentis, quamuis ſumtibus & curâ furis creuerit. Cum itaque fur, qui infantem ſurripuit, ex eo grauis obligetur, quod is tamdiu apud eum furto detentus eſt donec adoleuerit, iniquum & inciuile eſt eum repetere ſumtus alimentorum, propter quos adoleſcens factus eſt. Si enim eos ſumtus repeteret, non teneretur, quanti plurimi apud eum vnquam ſeruus fuiſſet. Nec verò poteſt quis ex eâ cauſâ aliquam actionem conſequi, ob quam ille alteri obligatur *l. ſiue hæreditaria 22. ff. de neg. geſt.* Ita eleganter hanc antinomiam diſſoluit *Fachin. lib. 1. contro. cap. 54.* Aliter reſpondet *Sarmien. lib. 1. ſelect. interp. c. 10.* Aliter quoque *Menoch. lib. 2. arb. iud. cent. 3. quæſt. 58.* qui diſtinguit furem à malæfidei poſſeſſore, quod hic deducit neceſſarias impenſas, ille nō item. Ratio differentiæ inter furem, & malæ fidei poſſeſſorem qui ſine vi occupauit, eſt, quod maius delictum eſt furis, quam malæ fidei poſſeſſoris,

quod indicat grauior pœna furi, quam illi malæ fidei possessori indicta. Nam fur aliquando ad duplum, quandoque ad quadruplum tenetur. §. *sed furti. Inst. de act.* malæ fidei verò possessor tantum ad ipsius rei restitutionem.

ASSERTIO XL.

Vnusquisque rerum suarum dominus est, etiam abutendo.

GENERALIS & vulgata juris regula est, quod vnusquisque dominus rei suæ moderator est & arbiter *l. in re mandata. C. mandat.* Quæ regula adeò obtinet, vt liceat cuilibet etiam priuato viro & ciui rebus suis & fortunis abuti, vt puta dilapidando, vel bona sua superfluè & lautè consumendo & perdendo. tex. est in *l. sed etsi 25. §. consuluit. ff. de petit. hæred.*

Sed objicitur huic vulgatæ & receptæ juris regulæ, quod dici solet, interest Reipub. ne quis re sua malè vtatur. §. *penult. inst. de his qui sui vel alie. jur. sunt.* Item quod dicitur priuatorum hominum actionibus & negotiis jus publicum lædi non posse. *l. jus publicum, cum similibus. ff. de pact.* Hoc argumentum ita dissoluendum est. Quædam sunt, quæ directò & principaliter publicum fauorem respiciunt, & hæc contrariis hominum actionibus tolli non possunt. Sic lex Iulia prohibet, ne liceat marito fundum dotalem alienare, ne quidem vxore volente: huic legi (quia præcipuè fauorem Reipub. respicit, quia interest Reipub. fœminas esse dotatas ad sobolem procreandam, replendamque liberis ciuitatem, *l. 1. ff. Solut. matr.*) contraria coniugum pactione derogari non potest. Si tamen huic conuentioni, qua conceditur marito fundum dotalem alienare, accedat juramentum, seruandum est pactum. *c. cum contingat. ex. de jureju.* Alia sunt quæ principaliter fauore priuatorum sunt introducta, sed in consequentiam concernunt commodum publicum, & hæc contraria hominum pactione tolli possunt *l. penult. C. de pact.* Sic in nostro casu, vt quis re sua non abutatur, expedit quidem Reipub. cæterum in quandam consequentiam, & secundariò, quia interest Reipub. subditos habere locupletes, §. *cogitatio. Nouel. Vt jud. sine quoquo suffrag. fiant.* Singulorum enim facultates & copiæ, diuitiæ sunt ciuitatis, vt ait *Cicero 3. offic.* Similè est illud Vlpiani in *l. seruum §. publicè. ff. de procurat.* Publicè vtile est, absentes à quibuscunque defendi, interest scilicet Reipub. secundario, & in consequentiam quandam.

ASSERTIO XLI.

Emphyteusi per mortem emphyteutæ, ipsiusque liberorum reuolutâ ad dominum, non tenetur eam dominus proximiori agnato concedere.

QVÆRITVR si emphyteusis reuoluta sit per mortem emphyteutæ ipsiusque liberorum ad dominum, possetne is cogi eam restituere pro-miori agnato. Sed verior est & probabilior sententia, dominum ad hoc n teneri. Quæ opinio probatur hoc modo. Res in emphyteusi concessa, que ad certam generationem, extincta ea generatione ad dominum redit. go dominus potest eam retinere, vel cui mauult concedere, est enim quis-e suæ rei moderator & arbiter. *l. in re mandata. C. mandati.*

Objicitur primò huic decisioni *l. 1. §. permittitur ff. de aqu. quot. & æst.* i dicitur, quod quando aquæductus concessus est certis personis, non tran-ad hæredem vel emtorem, si tamen eis petentibus non concedatur injuria . Resp. Ibi loquitur IC. de seruitute aquæ ducendæ, quod is eam facilè petrare potest, ad quem fundus peruenit, si ejus domino priori seruitus de-batur. Sed alia est ratio Emphyteuseos, quæ est majoris momenti, nec po-t proximior docere eam sibi deberi, eò quod aliorum bonorum dominium se transierit.

Secundò obstat *l. congruit, & l. vlt. C. locar. præd. ciuit. lib. 11. tit. 70.* vbi teres conductores præferuntur nouis conductoribus, si augmentum ab al-o nouo conductore oblatum ipsi præstare velint. Resp. Hoc specialiter in nductoribus fundorum publicorum receptum est, quia & hi coguntur conducere finitâ conductione, si lucrum fecerint ex priori conductione, c alii conductores qui tanti velint conducere, inueniantur. *l. cotem. §. vlt. de publ. & vectig.*

Tertiò opponitur, quod in emptione bonorum debitoris cognati præfe-ntur extraneis emtoribus *l. 1. ff. de priu. cred. l. Imperatores 60. ff. de pact.* rgo & in emphyteusi quoque cognati extraneis præponentur, quia em-phyteusis cum venditione magnam habet similitudinem. *§. adeò. Inst. locat.* esp. Illæ ll. loquuntur in speciali casu, quando scilicet debitoris obærati ona auctore judice possidentur & venduntur: tunc enim cognati & credi-res præferuntur extraneis in venditione bonorum, modo eandem condi-onem præstent, quam extranei, quod nihil commune habet cum præsenti æstione. Hanc sententiam amplectuntur & tuentur *Sarmient. lib. 3.*

select. interp. cap. 7. And. Gail. lib. 2. obs. c. 148. Fachin. lib. 1. cont. cap. 100. Dissentit *Bart. in l. 1. §. permittitur. ff. de aqu. quot. & æst.*

ASSERTIO XLII.

Emphyteuta ob non solutum domino canonem per triennium, fundo emphyteutico licitè expelli potest.

IVRE expresſè decisum est in *l. 2. C. de jur. emphyt.* quod si emphyteuta triennio integro cessauerit in præstatione canonis soliti & consueti, quod propterea à domino ex fundo emphyteutico expelli possit.

Sed in contrarium adfertur hoc argumentum. Si emphyteuta qui multis annis agrum emphyteuticum possedit, & colendo ac plantando fertiliorem & meliorem reddidit, posset ob non solutum triennio canonem ejici fundo emphyteutico, illa sequeretur iniquitas, quod dominus frueretur meliorationibus ab emphyteutâ factis, & ad partos alieno labore fructus accederet. Certè hoc est iniquum, nisi dominus sumptus in meliorationes factos refundat. Resp. Nihilominus emphyteuta ejici poterit, & meliorationes vnà cum fundo ad dominum, solutione canonis debito tempore non factâ, redibunt, vt earum nomine nihil domino possit objici *d. l. 2. in verb. nulla ei in posterum allegatione nomine meliorationis opponenda.* Neque iniquum est hoc casu statui contra eum, qui in eo culpæ suæ pœnas luat.

Porrò adeò verum est ob non solutum triennio canonem, posse emphyteutam expelli, vt etiam hoc procedat, licet emphyteuta pro solutione canonis non sit à domino admonitus, *d. l. 2. in verb. neque prætendente, quod non est super hac causa inquietatus.*

Sed aduersatur regula juris, quæ dicit moram non committi à debitore nisi præcedat interpellatio. *l. mora. 32. ff. de vsur.* Item vbi mora & delictum non est admissum; ibi nec pœnæ potest esse locus. *l. aliud est fraus 131. ff. de V. S.* Resp. Dies hoc casu interpellat pro homine, & sine vllâ interpellatione debitorem in morâ constituit. Nam quia certum tempus puta triennium emphyteutæ cum pœnâ priuationis à lege est præfinitum, potuit facilè hoc tempus prouidere, & tempestiuâ solutione canonis, pœnam ejectionis euitare. Itaque hoc casu non minus lapsu diei, quam apertâ interpellatione mora committitur *l. magnam. C. de contr. stipul.*

Quæritur autem hic, an pactum valeat, quo conuenit inter dominum & emphyteutam, ne emphyteuta à domino propter pensionem non solutam expellatur. Et verius probabiliusque est hoc pactum juri esse consentaneum, quia licet domino juri pro se introducto renunciare. *l. penult. C. de pact. l. si judex 41. ff. de mino.*

Sed

Sed obstat quod nulla sit vis ejus conuentionis, quâ cauetur, vt inuito domino rem alienam possidere liceat. *l. cum precariò 12. ff. de preca.* Resp. præterquam quod hujusmodi pactum ob repugnantiam in precario non valet, *l. vbi pugnantia 189. ff. de R. I.* ideò quoque inutile est, quia repugnat substantiæ præcarii, quæ est, ut ad nutum concedentis reuocetur *l. 1. & 2. ff. de preca.* Pactum autem de non expellendo emphyteutam, ob non solutum canonem, non est contra substantiam contractus emphyteutici, quæ in annuâ pensione consistit, sed tantum naturam ejus impugnat, quæ est, vt dominus emphyteutam non soluentem canonem remouere possit. Atque hoc pactum vires habet, illud non item, quia naturalia contractus pacto quidem tolli possunt: substantialia verò non possunt mutari. *l. si quis donationis 38. l. pacta conuenta. 72. ff. de contr. empt. l. vbi ita donatur. 27. ff. de mort. cau. don.* Substantia contractus est principalis ipsius contractus essentia, quá submotá contractus deficit. Natura contractus est vis & qualitas secundum proprios fines contractus inducta, ab iis quæ extrinsecus accedere possunt, separata, Vide eleganter *Alciatum lib. 5. paradox. c. 16. & ad l. 3. num. 2. ff. Si. cert. pet.*

Secundò objicitur, Pactum de non expellendo emphyteutam ob non solutum canonem, inuitat emphyteutam ad delinquendum, scilicet ad non soluendum, ideóque nullum est & inutile. *l. si vnus 27. §. illud. ff. de pact. l. 5. ff. de pact. dot.* Resp. Non datur hic ansa delinquendi, ne omnino soluat emphyteuta canonem: sed pœna legis remittitur emphyteutæ, quem dominus nihilominus potest ad præstandam debitam pensionem, actione emphyteuticariâ vrgere. *Salyc. ad l. 2. num. 13. C. de jur. emph.*

ASSERTIO XLIII.

Ex contractu emphyteutico oritur actio emphyteucaria.

CVM ex contractu emphyteutico mutua inter dominum & emphyteutam oriatur obligatio, constet autem obligationem actionem parere, *l. licet 42. §. ea obligatio ff. de procur.* Dubium non est ex contractu emphyteutico actionem proficisci. Verum quænam illa sit, controuertunt interpretes, & adhuc sub judice lis est. Sunt qui actionem præscriptis verbis dari contendunt, quasi hic contractus certum & speciale nomen non habeat. Quoties enim contractus existunt, quorum appellationes nullo jure ciuili proditæ sunt, recurrimus ad actionem præscriptis verbis *l. 2. & 3. ff. de præscript. verb.* Ita sentit *Cynus in l. 1. num. 8. in fin. C. de jur. emph.* Quæ sententia satis refellitur ex eo, quod contractus emphyteuticus communi

DD. testimonio nominatus esse dicatur. Alii itaque condictionem ex lege competere malunt, cum hic contractus per se ad producendam obligationem inefficax à Zenonis constitutione vires acceperit, & Zenonis constitutio non definiat, quo actionis genere experiri debeamus. *l. vnic. ff. de condict. ex l. Gloss. in §. adeò. in verb. propriam. Inst. de locat. & conduct. Bart. in l. 1. num. 11. & Ias. ibidem nu. 68. C. de jur. emph.* Quorum opinio licet magno doctorum consensu sit recepta, teste Iasone, tamen cum hic contractus omnium suffragio inter nominatos referatur, fortè disputando non sine ratione defendi posset condictione ex lege hic opus non esse, cum ex conuentionibus nominatis certæ etiam & nominatæ proficiscantur actiones. Quid enim aliud indicare voluit Vlpianus, dum inquit in *l. 7. in princ. ff. de pact.* Conuentiones quæ pariunt actionem, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus. Quemadmodum igitur dicimus actionem ex emto, vendito, locato, conducto, & similes, ita non video quid vetet, actionem ex hoc contractu emphyteuticariam appellari. Quod etiam subodoratus videtur. *Bart. in d. l. vnic. nu. 8. ff. de condict. ex log.* & nouissimè *Olden. class. 5. de actionib. beneficiariis. Baro ad d. §. adeo.* Hodiè disputatio hujus rei superuacua videtur, cum nomen actionis exprimi non sit necesse in libello, sed factum narrari sufficiat, ex quo justa agendi causa colligatur. *c. dilecti. ex. de. judic.*

ASSERTIO XLIV.

Emphyteuta longißimo tempore acquirere non potest directum dominium, si non soluit domino canonem.

EMPHYTEVTA etiamsi longissimo tempore, puta 30. 40. annis non soluit pensionem domino, tamen non potest immunitatem à præstatione canonis consequi, neque directum dominium sibi præscriptione acquirere. Ratio est, quia emphyteuta quamdiu eo titulo possidet, non suo sed alieno nomine possidet, qui autem alieno nomine possidet, præscribere nullo modo potest. *l. 2. & l. cum notissimi §. vlt.* vbi est tex. apertus & rotundus. *C. de præscript. 30. an.* Facit etiam pro confirmatione hujus sententiæ *l. si quis conductionis 25. C. locat.* vbi dicitur quod qui conductionis titulo possidet, verè non possidet, ideóque prius possessionem locatori restituere debet, & tunc de proprietate litigare.

Objicitur primo huic decisioni *l. 3. & 4. C. de præs. 30. an.* quæ dicunt 30. annis tolli omnes actiones tam in rem quam personam, nullumque jus priuatum vel publicum in quacunque causa vel persona præscriptione 30. vel 40.

vt 40. annorum, jugi silentio extinctum, iterum moueri posse. Resp. Communis DD. sententia hac in quæstione verissima, hæc retinenda est; quod colonus vel emphyteuta præscriptione longissimi temporis non acquirit directum dominium fundi, etiamsi longissimo tempore pensionem annuam domino non soluit. Quæ tamen sententia non procedit, si emphyteuta possessionem domino interuertat, vt quia domino petenti recuset pensionem soluere, contendens se esse dominum. per *l. colonus 12. & l. cum fundum 18. ff. de vi & ar.* Ex hoc enim tempore præscriptio curret, & si ex inde legitimo tempore possedit, tunc quia ciuiliter possidet tanquam dominus, plenam securitatem à soluendo canone, & directum dominium præscribet. Ita expresè decidit *Bart. in d. l. 2. num. 3. C. de præscript. 30. anno.* Cujus legis hic est germanus sensus, quod emphyteuta rem detinens vt emphyteuta, aut colonus rem detinens vt colonus, nullo tempore præscribit. Verum ex quo interuertit domino possessionem, & recusat solutionem canonis, jam non detinet vt emphyteuta, nec possidet alieno nomine, sed sibi, proinde non minus potest præscribere, quam quilibet extraneus. Ita decidunt *Castrens. in l. neque fructuarium 8. num. 1. C. de vsufruct. Iason ad l. 2. num. 157. C. de jur. emph. Baldus in tractatu præscript. 4. par. 4. part. princip. quæst. 11. num. 4. Pacius ad l. jures 18. num. 7.* & ibi communiter DD. *C. de fid. instrum.*

Secundò opponitur *l. vlt. C. de fund. rei priuat. lib. 11.* vbi videtur affirmari, quod si emphyteuta 40. annis pensionem annuam non soluit, præscriptione censetur acquisiuisse immunitatem à soluendo canone, & per consequens directum dominium præscripsisse. Resp. Lex illa non dicit præscribi immunitatem annuæ pensionis, vel directum dominium spacio 40. annorum ab emphyteutâ, sed hoc dicit. Si quis fundum rei priuatæ principis emerit eâ lege, vt canonem soluere non teneatur, quod hic 40. annorum præscriptione se tueri poterit. Hic emtor nunquam suscepit in se obligationem soluendi canonis, sed eam recusauit & noluit suscipere. Itaque non pertinet ad nostram quæstionem, quâ tractatur, an emphyteuta possit præscriptione longissimi temporis acquirere immunitatem canonis emphyteutici, & per consequens directum dominium præscribere.

ASSERTIO XLV.

Emphyteusi finitâ sine culpâ emphyteutæ, meliorationes pertinent ad dominum directi dominii.

VERIOR & jure magis consentanea est sententia, quod impensæ seu meliorationes, quibus res emphyteutica melior est effecta, pertineant ad do-

ad dominum directi dominii, etiamsi sine culpâ emphyteutæ res sit ad dominum reuersa, puta si emphyteusis ad certum tempus, vel certam generationem sit concessa, & finito tempore res reuertatur ad dominum. Confirmat hanc decisionem quod contractus emphyteutius eam ob causam instituitur, vt res melior efficiatur, vt ex ipsius verbi etymologia apparet. *l. vlt. & ibi Gloßa C. de jur. emph.* Et ideò solet Ecclesia prædia ruinosa ad meliorandum in emphyteusin concedere. *Auth. si quas ruinas. C. de SS. Eccles.* Ergo si hanc ob causam solet contractus emphyteuticus celebrari, dominus non tenetur soluere expensas meliorationum: ob id enim dat prædium in emphyteusin, vt ab impensis liberetur, vnde impensæ ab eo repeti non possunt. Secundò hanc opinionem comprobat *l. 1. C. de ju. emph.* vbi damnum quod per deteriorationem rei contingit, imputatur emphyteutæ, non domino, ergo non potest expensas in reficiendo factas à domino repetere, nam si repetere posset, non ejus esset damnum, sed domini. Denique hæc sententia æquitati & rationi est conueniens, quia cum emphyteusis plerumque pro exiguâ mercede concedi soleat, hinc in compensationem fructuum meliorationes cedunt domino ex naturâ contractus, finitâ emphyteusi etiam sine culpâ emphyteutæ. Quod si emphyteusis culpa emphyteutæ sit extincta, veluti ob non solutionem canonis, vel ob alienationem illicitè factam, vel ob rei deteriorationem, tunc certum & indubitatum est, dominum meliorationes lucrari *l. 2. C. de jur. emph. §. scire autem. No. 7. de non alie. aut permut. reb. Eccles.*

Sed obstat primò *l. domos 58. de leg. 1.* vbi traditur, si quis impensas faciat in re subjecta restitutioni post tempus, poterit eas impensas repetere ab eo, cui rem restituit. Idem ergò videtur statuendum in hac quæstione, cum fundus emphyteuticus post certum tempus vel certam generationem sit subjectus restitutioni. Resp. Ibi non est res ad meliorationem data, neque meliorationes veniunt, sicut ex natura contractus emphyteutici debentur.

Secundò objicitur tex. in *c. 1. §. vasallus. Hic finitur lex. lib. 2. feud. tit. 28.* vbi secundum vnam lecturam meliorationes pertinent ad vasallum & non ad dominum. Resp. Res quæ in feudum dantur, non ad meliorationem dantur, sed propter homagia seu seruitia personalia, quæ sunt causa feudi, at causa contractus emphyteutici regulariter est melioratio fundi emphyteutici, vt ex verbo ipso liquidò apparet.

Tertiò opponitur, quod dominus videatur locupletari cum alterius jactura, contra juris regulas. Resp. Non obstat prædicta regula, quia interuenit hic consensus tacitus vel expressus, ideóque consentienti & volenti non fit injuria.

Quartò aduersatur *l. 7. §. quoniam. & l. sed si quid 15. ff. de vsufr.* vbi vsufructuarius potest expensas vtiliter factas repetere, vel detrahere, cui similis

videtur

detur emphyteuta. Resp. Illæ leges magis confirmant hanc opinionem, quia vsufructuarius expensas modicas, ad quas de naturâ vsusfructus tenetur, repetere non potest, magnas autem quæ ex naturâ vsusfructus non veniunt, repetere potest *l. eum ad quem C. de vsufr.* Cum ergo omnes impensæ quæ fiunt in re emphyteuticâ, ex natura ipsius contractus veniant, nullæ impensæ in emphyteuticæ repeti possunt à domino. Hanc sententiam solidè & exactè defendit *Sarmien. lib. 3. select. interp. c. 4.* Quem sequitur *Fashin. lib. 1. controuer. juris, cap. 92.*

ASSERTIO XLVI.

Emphyteuta si triennio canonem non soluerit, postmodum oblatione factâ, moram purgare non potest.

EMPHYTEVTA si integro triennio pensionem debitam non soluerit, amittit emphyteusin, & à domino ex prędio emphyteutico expelli potest *l. 2. C. de jur. emph. Auth. qui rem C. de SS. Eccl.* Quod adeò verum est, vt etiamsi triennio elapso velit offerre solutionem canonis, nihilominus tamen expelli possit, quia non potest post triennium offerendo debitum canonem, moram semel commissam purgare. Idque probatur hac certissimâ juris regula, quæ habet. Quoties dies & pœna est in obligatione, toties non admittitur purgatio moræ, tempore obligationis elapso. *l. trajecticiæ 23. §. de illo. ff. de obligat. & act. l. magnam 12. C. de contr. stipu.* At verò in nostro casu certum tempus in contractu emphyteutico, præscriptum est à lege soluendo canoni, triennium videlicet, sub pœnâ amissionis juris emphyteutici *d. l. 2. C. de jur. emph.* Ergo post illud tempus offerendo solutionem canonis, emphyteuta moram purgare non potest.

Sed grauiter obstat huic decisioni *c. potuit. ex. locat.* vbi emphyteuta Ecclesiæ offerendo solutionem canonis post biennium celeri satisfactione moram purgare potest. Resp. Hoc tantum singulariter receptum est in emphyteuta Ecclesiæ, vt ille possit celeri satisfactione, judicis religione æstimanda, post moram commissam sibi consulere. Ratio specialis juris est, quia verisimile est Romanos Pontifices, qui hujusmodi negligentiam coarctarunt, eamque biennio concluserunt, hoc amplius emphyteutæ indulsisse, vt moram eo modo purgare possit, atque ita in vno grauatus in altero subleuari debet. *arg. l. cum qui 30. in princ. ff. de jureju.* Maximè cum jus canonicum moræ purgationem facilius admittat, & non ita strictè pœnas exigat, quemadmodum jus ciuile *c. suam ex. de pœn.* Diuersum obtinet in emphyteutâ priuati, hunc enim moram nullatenus purgare posse, verius est. Ita habet communis

DD. opinio testante *Sichardo* in *l. 2. num. 20. C. de jur. emph.* quod etiam *Iasoni* in vtranque partem latissime disputanti tandem magis probatur in *d. l. 2.* Approbat *Molin. ad consuet. Paris. tit. 2. de consue. §. 62. nu. 9. & 10.* & secundum hanc sententiam judicatum fuisse refert *Afflict. decis. 174. num. 2.* Dissentit *Corras. in d. l. 2. num. 16. Clarus in receptis sentent. tit. de emphyteusi quæst. 8. nu. 15.*

Secundò huic assertioni repugnat. *l. quid tamen 21. §. vlt. ff. de arbit.* vbi statuitur, quod si arbiter sub certa pœna condemnauit alterum ex litigatoribus ad soluendam certæ pecuniæ summam, quod hoc casu euitet solutionem pœnæ, si post sententiam latam ante aeceptum judicium offerat summam condemnatione comprehensam. Ergo adhuc admittitur purgatio moræ, licet pœna obligationi sit adjecta. Resp. Ideò ibi debitor admittitur in obligatione pœnali ad purgationem moræ, quia nullum tempus fuit expresse appositum in sententia arbitri, intra quod soluere debuit litigator, sed tantum tacitè tempus à lege judicatis datum subintelligitur. Atqui vbi dies non est nominatim adjectus obligationi, sed à lege subintelligitur, tunc adhuc locus est purgationi moræ. *l. si insulam. 184. ff. de V. O.* Approbat & sequitur hanc decisionem *Fachin. lib. 1. contro. iur. c. 98.*

ASSERTIO XLVII.

Vsusfructus est jus vtendi fruendi rebus alienis, saluâ rerum substantiâ.

DEFINITIO hæc vsusfructus proponitur à IC. Paulo in *l. 1. ff. de vsufr.* & ab Imperat. Iustin. repetitur in *princ. tit. Inst. de vsufructu.*

Sed objicitur quod definitio hæc vitiosa est, quia etiam aliis speciebus accommodari potest, at verò definitio & definitum inter se reciprocari debent *l. 1. ff. de dol. mal.* Primùm autem videtur hæc definitio conuenire emphyteusi, quæ etiam jus vtendi fruendi transfert ad emphyteutam ad perpetuum vel longissimum tempus. *l. 1. ff. Si ager vectig. pet.* Idque in re aliena, quia proprietas non transfertur in emphyteutam *d. l. 1. ff. Si ager vect. pet.* Postremò sicut per interitum rei vsusfructus extinguitur *l. repeti. §. 2. & 3. ff de vsufruct.* ita & totius rei interitu finitur emphyteusis *l. 1. C. de jur. emph.* Resp. Emphyteuta plus juris consequitur quam vsufructuarius, nam quasi dominus est agri emphyteutici, atque adeò disertè dominus appellatur in *l. possessores 12. C. de fund. patrim. lib. 11.* eique vtilis actio rei vendicandæ causâ permittitur. *d. l. 1. ff. Si ager vect. l. 5. §. bonorum ff. vt in poss. leg.* Quinimò emphyteuta agrum emphyteuticum donare, vendere, legare & oppignorare potest *l.*

ator. 16. ff. de pig. act. l. si domus 71. §. vlt. de legat. 1. vt jam non tam alie-
is rebus, quam suis frui videatur. Ideóque per hæc verba, Rebus alienis,
tis distinguitur emphyteusis ab vsufructu, quia emphyteuta rebus suis vti-
r & fruitur.

Secundò opponitur, quod definitio vsusfructus conveniat etiam preca-
o, nam qui precariò rem alienam accepit, potest eâ vti frui salvâ rei substan-
i. Resp. Hoc differt vsusfructus à precario, quod vsusfructus manet pe-
s vsufructuarium vsque ad vitam ejus, sed precarium quandocumque re-
ocari potest pro arbitrio precariò dantis *l. 1. ff. de preca.*

Postremò objicitur, quod etiam hæc definitio vsusfructus antichresi ada-
ari potest, quæ est species pignoris, quando scilicet ita res pignori datur vt
oad debitor satisfaciat, ea creditor vtatur fruatur. *l. si pecuniam 33. ff. de pig.*
t. l. si is qui bona. 11 §. 1. ff. de pign. Ille qui antichresin habet, omnibus pro-
ntibus & fructibus rei oppignoratæ vtitur & fruitur in re alienâ. Ergo
umfructum habere censetur. Resp. Aliud est jus vtendi fruendi, aliud vin-
lum ipsius juris. Ius est dominium juris, quod fructuario per traditionem
quiritur. *l. 3. & 4. ff. de vsufruct.* Ita vt rei vendicatio ei competat, quæ vulgo
nfessoria actio appellatur *l. 5. ff. Si vsusf. pet.* vnde & vsusfructus in domi-
o & bonis vsufructuarii recensetur. *l. in venditione 8. ff. de rebus aucto. jud. poss.*
t creditor cui antichresis concessa est, non habet dominium juris, seu actio-
m realem, sed obligationem vel actionem personalem tantum, qua agit
ntra debitorem, vt sibi vti frui liceat. Non ea enim vis est obligationum, vt
rpus aliquod nostrum faciant, sed vt alium nobis obligent ad dandum vel
ciendum *l. 3. ff. de obligat. & act.* & dominium ab obligatione separatur in
. ff. de stipul. serv. Eleganter *Hotom. in illust. quæst. 22.*

ASSERTIO XLVIII.

Vsufructuarius naturaliter possidet vsumfructum.

QVOD vsusfructuarius naturaliter possideat vsumfructum multis, legibus
disertè comprobatur. Primò id apertè confirmat *l. naturaliter 12. ff. de*
qui. poss. vbi Vlpianus respondit. Naturaliter is videtur possidere, qui vsum-
uctũ habet. Idem decîdit Papinianus in *l. possessio 49. ff. eod.* dum ita scribit,
ossessio quoq; per seruũ, cuius vsusfructus meus est, ex remea vel operis ser-
mihi aliquiritur, cũ & naturaliter à fructuario teneatur, vbi apertè & diser-
dicitur, quod vsufructuarius seruũ fructuariũ teneat & possideat. Vnde &

dantur illi interdicta possessoria, tam interdictum vti possidetis pro vsufructu retinendæ, in quo quis turbatur, quam interdictum vnde vi, pro vsufructu recuperando, de quo per vim quis dejectus est, *l. vlt. ff. vti possidetis l. 3. §. vnde vi. ff. de vi & vi arm.* Huc accedit & hæc ratio, quo ad fructuarium omnes rei fructus, omniáque emolumenta pertinent, ideóque rectè naturaliter vsumfructum possidere censetur. *l. in venditione 8. ff. de rebus auct. jud. poss.*

Objicitur *l. acquiritur 10. in fin. ff. de acq. rer. dom.* vbi Cajus inquit. vsufructuarius vsucapere seruum non potest, quia non possidet, sed habet jus vtendi fruendi. Resp. Fructuarius naturaliter possidet ipsum vsum fructum, seu jus vtendi fruendi, non verò possidet ipsum fundum fructuarium.

Secundò aduersatur *l. sciendum ff. Qui satisd. cog.* vbi Vlpia. respondit, eum qui vsumfructum tantum habet, possessorem non esse. Resp. Illa l. loquitur quantum ad satisdationem judicio sisti. qui enim immobilia possidet, non tenetur satisdare judicio sisti. Sed talis non est fructuarius, quia non est dominus vel possessor fundi, sed tantum habet jus vtendi fruendi, ideóque cautionem de judicio sistendo præstare tenetur.

Denique repugnat assertioni. *l. 6. §. 1. ff. de preca.* vbi dicitur, nam & fructuarius est in prædio & tamen non possidet. Item *l. 1. §. quod ait prætor ff. quod lega.* vbi ait Vlpianus, vsusfructus non possidetur, sed magis tenetur. Idem respondit Vlpianus in *l. Celsus §. Iulianus ff. ad exhibend.* Ad has omnes leges respondetur, quod istæ leges quatenus negant vsufructuarium possidere, hoc modo sint accipiendæ, vt possessionem hanc naturalem non excludant, sed quod ciuiliter, hoc est animo domini vsufructuarius non possideat. Vide latius pro hac sententiâ differentes *Cujac. lib. obs. 9. c. 33. & lib. 18. c. 24. Fachin. lib. 8. cont. iur. c. 18.*

ASSERTIO XLIX.

Vsufructuarius omnium bonorum non tenetur ad æs alienum soluendum. secundum communem DD. sententiam, contra BARTOLVM.

VSVFRVCTVARIVS omnium bonorum non tenetur ad soluendum æs alienum, sed hæres conuenitur ad præstationem æris alieni à creditoribus & legatariis, permittetúrque hæredi ad solutionem æris alieni distractio bonorum hæreditariorum, quo facto & ipse vsusfructus minuetur, nam quod superest ære alieno deducto, illud tantùm hæres fructuario tradere tenetur. Probatur hæc sententia in *l. vsufructu 69. ff. ad l. Falc.* vbi Pompon. ait, vsu-

a, vſufructu omnium bonorum legato, primum æs alienum deducendum
cè. Concordat *l. generali 32. §. vlt. & l. vlt. ff. de vſufr. leg.* Eandem ſenten-
tm confirmat *l. 1. C. Si cert. pet. & l. 2. C. de hered. act.* vbi traditur ad hæ-
rlem æris alieni ſolutionem ſpectare. Hæc ſententia communiter à DD.
ecepta eſt, vt notat *Tur. Zan. in com. opin. opin. 105. Ferra. in for. libel. quo vxor*
at ad dotem. Caſtren. conſ. 394. Bald. conſ. 237. Pract. Maſſuc. tit. 13. de vſu-
fict. Couar. lib. 2. var. reſol. c. 2. Coſta. ad l. quoties 34. §. vniuerſorum ff. de
vſfr. Gail. lib. 2. obſer. c. 146.

Diſſentiunt tamen ab hac ſententiâ *Bart. ad l. vlt. ff. de vſufruct. leg.* cúm-
que ſecutus *Guido Pap. deciſione 541.* qui exiſtimant vſufructuarium omni æri
ieno obſtringi, quaſi velint de fructibus ſoluendum eſſe æs alienum. Quæ
ſententia meritò à multis improbata eſt, quia æs alienum onus totius patri-
monii, non fructuum reſpicit *d. l. vl. de vſufr. legat.* Ad hæc poſſet tam graue
eſſe æs alienum, vt etiam multorum annorum fructus ad id diſſoluendum
pares non eſſent futuri, quo caſu inutilis eſſet vſusfructus, quod non eſt
dicendum.

Opponitur *l. nam quod 14. in fin. cum. ll. ſeqq. ff. ad SC. Trebel.* vbi tra-
ditur, quod quoties in vltima voluntate relinquuntur alicui bona, tunc ea diſ-
poſitio intelligi debet cum onere æris alieni, vt ſcilicet is cui bona vniuerſa,
el certa bonorum pars relinquitur, teneatur etiam agnoſcere æs alienum.
Reſp. Ea lex accipienda eſt, quando plena proprietas bonorum alicui
relinquitur.

Secundò objicitur *l. vxori 37. ff. de vſufr. leg.* vbi dicitur, quod ſi alicui
vſusfructus omnium bonorum relictus eſt, quod etiam Calendarii vſusfru-
ctus ad eum pertineat. Si Calendarii vſusfructus ad eum pertinent, ergò
et debita & credita ad eum videntur pertinere. Continet enim Calenda-
rium debita & credita, *l. qui filium 64. ff. de leg. 3.* Reſp. Calendarium de-
bita non continet, ſed nomina creditorum, & ſic credita & pecuniam jam
exactam & fœnori deſtinatã tex. in *d. l. 3. qui filium. de leg. 3.* Calendarium enim
nihil aliud eſt, quam negotiatio nominum faciendorum, ex eo dictum, quod
veteres in Calendas fœnerari ſolebant. *Conna. lib. 7. com. jur. c. 1. nu. 12.*
Briſſo. in lexico, in verb. Calendarium. Et ſanè ineptum eſſet, exiſtimare IC.
tum in *d. l. vxori.* quærere an vſufructu à teſtatore legato, debita ipſius le-
gantis contineantur Calendarii nomine, niſi velint DD. debita etiam venire
in conſequentiam creditorum, vt qui vſumfructum habet creditorum, etiam
onus ſubeat debitorum, ſed tunc nec tex. in *d. l. vxori* ad rem faciet, nec
bona erit illa conſequentia, cum ad hæredem onus ſoluendi æs alienum per-
tineat, ad quem ſpectat commodum hæreditatis. Ita reſpondet *Fachin. lib. 4.*
controver. iur. cap. 19.

Tertio obstat *l. vlt.* §. *sin autem legata*. *C. de bon. quæ lib.* vbi vsufructuarius omnium bonorum tenetur ad solutionem legatorum. Resp. Speciale hoc est, vt non procedat prædicta decisio in annuis legatis, nam annua legata secundum magis communem DD. opinionem ab vsufructuario omnium bonorum ex reditibus vsusfructus præstanda sunt. per *l. 7.* §. *1. ff. de vsufruct.* Ita decidit *Gail. d. obs. 146. in fin.*

ASSERTIO L.

Vsufructuarius non cauere, sed satisdare tenetur se vsurum fruiturum boni viri arbitratu, & cum vsusfructus finitus fuerit, se restituturum quod inde extabit.

VSVFRVCTVARIVS tenetur proprietario desideranti de duobus satisdare, primo cogitur satisdare se vsurum boni viri arbitratu, id est, se non deteriorem causam vsusfructus facturum, cæteráque curaturum, quæ in re suâ diligens paterfamilias faceret. Secundò satisdabit se rem fructuariam restituturum finito vsufructu. *l. 1.* §. *cautio &* §. *habet. ff. vsusfruct. quem. caue. l. si cujus 13. in princ. & l. sed cum fructuarius 65. ff. de vsufruct.*

Sed objicitur *l. cum oportet* §. *non autem & l. vlt.* §. *sin autem legata C. de bon. quæ lib.* vbi traditur, quod pater qui habet vsumfructum in bonis aduentitiis filii, non tenetur hanc satisdationem præstare. Resp. Patri hæc cautio remissa est, pro jure veteris dominij, quod olim illi in his bonis acquirebatur, tum etiam quia vt Imp. ait paterna reuerentia eum à cautione excusat.

Secundò aduersatur *l. si vsusfructus*, §. *planè. ff. de vsufr. quem caue.* vbi traditur, quod si vsusfructus alicui purè, proprietas vero ex die legata est, cautio fructuario remittenda sit. Resp. Ideo remittitur cautio huic fructuario, quia non est necessaria, siue quod nihil intersit hæredis, quid de proprietate futurum sit, quæ non ad ipsum, sed fructuarium hæredemve ejus certo reditura sit, siue quod cum agatur res fructuarij, non est probabile eum deterius aliquid in perniciem propriam constituturum. Idque ex mente Prætoris procedit, cui propositum fuit hac cautione proprietario consulere, vt securus sit de proprietate rei. *d. l. si cuius in princ.*

Quæritur autem qualis cautio hic exigatur, nudáne, an satisdatio, quæ datis fidejussoribus interponitur. Sed verius est, satisdationem hic exigi edicto prætoris à fructuario, ac nisi ita caueatur, denegari ei vsusfructus petitionem.

tionem. *d.l. si cujus. in princ. l. & fin. ff. vsufr. quem. caue. l.4. C.de vsufruct.* Quod adeo verum est, vt quamuis diu quæsito fidejussore eum reperire non possit, tamen non prius danda sit fructuario actio pro exigendo vsufructu, quam satisdederit. *d.l. si cujus* 13. vbi additur ratio, quia dominus proprietatis securus esse debet de proprietate suâ; id autem fieri non potest sine satisdatione, ideóq; nec ad juratoriam cautionem admittetur vsufructuarius.

Sed opponitur *Auth. generaliter. C. de episc. & cle.* vbi traditur, quod qui fidejussorem inuenire non potest, liberetur præstitâ juratoriâ cautione. Item aduersatur regula juris, quæ dictat impossibilium nullam esse obligationem. *l. impossibilium, ff. de R. I.* Vnde si propter inopiam non potest vsufructuarius fidejussoribus vel pignoribus cauere, æquum est, eum ad juratoriam cautionem admitti. Resp. Humanum & benignum erit, si constat fructuarium planè esse pauperem, quem verisimile sit non posse facilè fidejussorem inuenire, adhiberi remedium, quod in simili re proponitur in *l. sed si is 5. §. quoties. ff. de Carb. edict.* vt detur fructuario res fruenda sine satisdatione quidem, ita vt contenti simus nuda cautione, sic tamen vt proprietarius jubeatur esse in possessione rei fructuariæ, tanquam custos & obseruator, qui det operam, ne quid res fructuaria capiat detrimenti. Ita rectè decidit *Donel.lib.*10. *com. cap.*14. Dissentit *VVesenb. in paratit.ad tit. vsufruct.quem.cau.* qui indistinctè vsufructarium ad juratoriam cautionem admittit, si fidejussoribus aut pignoribus datis ob inopiam cauere nequeat. *Cacheran. decis. Pedemont. 153. num. 4.* qui decidit admittendam esse cautionem juratoriam, maximè juncta submissione omnium bonorum ipsius vsufructuarij. *arg. l. fin. ff. vt legato non caueatur.* Vsu & praxi judiciorum ita plerumque obseruatur, vt si vsufructuarius sit homo frugi, & honestæ probatæque vitæ, tunc admittenda sit juratoria cautio. Si verò sit suspectæ vitæ, vel ignominiosus, aut infamis aut suspectus de dilapidatione, tunc res vsufructuaria apud virum bonum sequestrabitur, qui vsufructuario de fructibus respondeat. *arg. l.postquam, §. Imperator. ff. Vt lega. nom. caue. l. si fidejussor. §. vlt. ff. Qui satis cog. l.cum non facilè. ff. Si cui plus quam per l. Falcid.* Ita post *Bart. in l. 4. C.de vsufr.* tradunt *Gail. lib.2. Obs. c.47. Guid. Pap. decis. 230.* vbi dicit secundùm hanc opinionem judicatum fuisse. Addit elegans ad *Gl. in l. 4. C. de Vsufr.*

ASSERTIO

ASSERTIO LI.

Qui habet seruitutem riui, potest ex tereno riuo lapideum facere.

QVÆRITVR an interdicto de riuis vti possit, qui vult terrenum riuum, quo vsus est jure seruitutis, lapideum facere. In qua quæstione pugnare videtur, *l.1. §. si quis. cum l.3. §. Seruius, ff. de riuis.* In *l. 1. §. si quis.* traditur, eum qui ex riuo terreno lapideum facere velit, non rectè experiri hoc interdicto. Contrarium in *d.l.3.§. Seruius.* asseritur, vbi Vlpianus scribit, illum esse audiendum, qui vult rivum, qui ab initio terrenus fuit, cœmentitium facere, eò quòd terrenus aquam non contineat. Resp. Ex sententia *Bartoli*, qui in *d. l. 1. §. vlt.* ita distinguit. Aut quis vult ex vrgenti necessitate, & magna vtilitate riuum immutare, & ex terreno lapideum facere, & hoc ei licet, vt puta si terrenus aquam amplius non contineat, & hoc casu procedit *d. §. Seruius.* Aut nulla necessitas vel grandis vtilitas subest, & tunc non conceditur riui mutatio. Ita procedit *d. l. 1. §. si quis*: qui loquitur de superflua, non verò de necessaria & vtili refectione riui, quod scilicet non liceat riuo non indigente vlla refectione, eum ex terreno cœmentitium vel lapideum facere. Idque indicant verba, quæ rationis loco subjiciuntur in *d. §. si quis.* Non enim reficit, qui hoc facit, id est, qui sine vlla necessitate vel euidenti vtilitate mutat riuum. Hanc conciliationem comprobant *Menoch. remed. 7. retin. possess. num. 14. Cujac. lib. obser. 27. c. 22.*

ASSERTIO LII.

Diuisio hæreditatis, vt major frater diuidat, minor eligat, juri ciuili non est consentanea.

CONTROVERTITVR acriter inter DD. vtrùm inter fratres ita sit facienda diuisio hæreditatis, vt major ex fratribus diuidat, & minor eligat. In hac controuersiâ Canonistæ tradunt, ita hæreditatem esse diuidendam inter fratres, vt major diuidat, minor verò eligat, per *c. 1. ex. de paroch.* Legistæ verò contra statuunt judicis siue arbitri officio diuisionem esse faciendam, & quod ab eo commodè diuidi non potest, sorte dirimendum censent. Hæc sententia legistarum tanquam verior & juri magis consentanea, retinenda & amplectenda est, quæ probatur in *l. 4. 5. 6. & l. in hoc judicio, ff. fam.*

ff. fam. ercisc. §. *item quædam 21. Inst. de act. l. 3. C. Commu. de legat. l. 2. C. quand. & quib. quar. pars. lib.* 10. Approbant & sequuntur eam *Sneid. ad d. § item quædam. nu. 63. & seqq. Fachin. lib. 6. contro. c. 37.*

Opponitur huic decisioni *c. 1. extra. de paroch.* vbi traditur, quod in facienda diuisione inter duos Episcopos, ille diuidet, qui longiori tempore Episcopatum habuit, & minor eliget. *Resp.* tex. in *d. c. 1.* loquitur in casu speciali, vbi non de hæreditate, sed de diuidendo Episcopatu agitur, quo casu præsumitur, quod is qui diutius fuit in Episcopatu, majorem ejus habet notitiam, quam junior: idque fauore Ecclesiæ specialiter receptum est, vbi alias jus commune est in contrarium.

Secundò aduersatur *l. 1. C. de his, qui se defer. lib. 10.* vbi statuitur, quod si fiscus habeat hæreditatem vel rem communem cum priuato, quam vult cum eo diuidere, fiscus debet facere partes, & deinde concedere electionem priuato. *Resp.* Ibi hoc tanquam priuilegium & jus singulare propter sexum vel ætatem conceditur illi, qui habet hæreditatem communem cum fisco, vt hoc casu priuatus ratione ætatis, vel mulier ratione sexus hanc habeat prærogatiuam, vt optio & electio ei concedatur, in facienda diuisione.

Postremò objicitur locus ex veteri testamento. *Genes. cap. 13.* vbi inter duos fratres Abrahamum & Lothum hoc modo diuisio est instituta. Sic enim Abraham qui erat senior, allocutus est fratrem juniorem Loth. Si tu in sinistram discesseris, ego dexteram petam, sin autem tu dexteram versus, ego sinistram petam. *Resp.* Hoc testimonium continet tantum exemplum de diuisione facta inter Lothum & Abrahamum, quod scilicet Abraham frater major natu diuisit bona, Loth vero minor natu elegit, sed non est adjectum præceptum generale, vt ita fiat diuisio hæreditatis ab omnibus fratribus, vt frater minor habeat illam in optione prærogatiuam; Itaque rectè dicimus non exemplis, sed legibus esse judicandum, *l. nemo. C. de sent. & interloc. om. jud.* Ex generali tamen consuetudine Germaniæ in camera imperij approbata, receptum est, vt natu major frater diuidat bona hereditaria, & minor eligat. Ita notat & tradit *Andr. Gail. lib. 2. Obs. c. 116.* per tex. in *d. c. 1. de paroch.* Sequitur *Mins. centu. 4. Obs. 37.* & nouissimè *Wesenb. in parat. ad tit. famil. ercisc. nu. 6.* Quæ & sententia jure Saxonico obtinet inter duos fratres, *daer sall die oudste deelen, end die jungste keesen,* tam in allodialibus, quam feudalibus bonis. *Landtr. lib. 3. artic. 29. Scurff. 1. cons. 71. Sneidevv. ad §. quædam. nu. 27. Inst. 1. de action.*

ASSERTIO LIII.

Contractus est duorum pluriumve in idem consensus & conuentio, ad constituendam obligationem efficax.

HÆc definitio tradita extat à Theophilo ad *tit. Instit. de obligat.* & confirmatur per *l. omnium 20. ff. de judic.* vbi dicitur omnem obligationem pro contractu habendam esse, quamuis non ex crediti causa debeatur.

Sed aduersatur primò huic definitioni. *l. Labeo. 19. ff. de V. S.* vbi Labeo definit contractum esse vltrò citróque obligationem. Vnde consequitur eos tantum propriè dici & censeri contractus, qui ex vtroque latere producunt obligationem, vti sunt emtio, venditio, locatio conductio, societas & mandatum. Cæterum stipulatio, mutuum, commodatum donatio depositum, quia non producunt ab vtrâque, sed ab vnâ tantum parte obligationem, contractus propriè dici non possunt. Sic in mutuo debitor pecuniam accipiens tantum obligatur, *l. certi. 9. §. quoniam. ff. de reb. credit.* In stipulatione promissor solus, non vero stipulator obligatur. *l. 5. §. stipulatio. ff. de verb. obligat.* Denique in commodato commodatarius tantum obligatur, commodato verò dans non obligatur, nisi fortè in hoc, vt patiatur recipientem re commodatâ vti, vel ex accidenti, si videlicet commodatarius impensas fecerit in rem commodatam *l. in commodato 17. §. sicut ff. Commod.* Resp. In definitione Labeonis hæc verba, vltro citroque obligatio, non significant vtrimque contractam obligationem, ac si requiratur vt in omni contractu vterque sibi mutuò fiat obnoxius, sed ea est horum verborum significatio, quod contractus sit obligatio, quæ ex duorum consensu proficiscatur, & quod hoc agant ambo contrahentes, vt alter alteri fiat obnoxius, & quod vtriusque consensus ad ineundum obligationis nexum concurrere debeat, licet vterque nexibus obligationis non adstringatur; Nam & Vlpianus in *l. juris gentium 7. in fine princ. ff. de pact.* scribit etiam tunc συνάλλαγμα esse, cum alteruter contrahentium duntaxat obligatur in verb. contractum esse, quod Aristo. συνάλλαγμα dicit, vnde nascitur obligatio: si tibi dedi, vt aliquid facias. Sic mutuum rectè contractus dicitur, licet debitor tantum obligatur *d. l. certi §. quoniam.* Idem de stipulatione dicendum. Quamuis enim is qui rogatur ac spondet, solus obligetur, tamen stipulatio nihilominus dicetur contractus, quia inter vtrumque contrahentem hoc agitur, vt promissor stipulatori obligetur. *l. 1. in fin. ff. de pact. l. si donationis 7. C. quod met. causa §. vlt. Inst. de obligat.* Hinc sequitur, quod si statuto fiat mentio contractus, puta si statuto cautum sit, vt si quis non petierit debitum intra x annos,

mos, quod illud amplius petere non possit, tunc etiam comprehendi de-
tum ex contractu, ex quo alter contrahentium tantum obligetur, puta ex
utuo donatione, vel stipulatione cum hic proprie etiam contractus dicatur.
hæres Inst. de oblig. ex qu. contr. l. 4. §. hæres. ff. de obl. & act. Ita pulchrè &
eganter decidit *Tobias Nonius ad §. Prius est. nu. 7. Inst. de oblig.*

Secundo aduersatur huic definitioni, quod in contractibus innominatis,
iusquam causa subsit, id est datio vel factum interueniat, nulla constitui-
r obligatio. *l. jurisgentium 7. §. 1. ff. de pact.* Postquam causa subest, & vnus
sua parte impleuit contractum, tunc alter solus obligatur. Resp. Ex præ-
denti responsione patet solutio ad hoc argumentum, quia hæc verba, vltro
troque hanc habent significationem, quod in quolibet contractu necesse
t hinc inde id agi inter contrahentes, vt obligetur alter alteri, itaque talis
onuentio vltro citroque facta rectè contractus dicitur, siue ex vnâ parte
ntùm, siue ex vtraque producat obligationem. *l. 7. §. 1. ff. de pact. l. si in*
ea 33. ff. de condict. indeb. Ita pulchrè tradunt *Guibert. lib. 1. quæst. jur. c. 8.*
aro ad l. 1. ff. de pact. vbi eleganter ita notat. Quod vulgo aiunt contractum,
on esse nisi vbi sit mutua obligatio, mihi non placet, nec vnquam probatur.
am obligatio vltro citro in consentiendo semper consistit, non semper in
nculo juris mutuo. *l. 1. & 2. ff. de obl. & act. d. l. Labeo. l. obligationum 3. ff.*
obl. act. in verb. obligationum substantia in eo consistit, vt alium nobis obstrin-
t ad dandum aliquid vel faciendum. Fornerius & Godæ. ad l. Labeo de V. S.
ello lib. 2. supput. jur. c. 2. Donel. ad l. 1. num. 8. 9. 10. 11. & 12. ff. de reb. cred.
ujat. in *parat. C. l. ad tit. de obl. & act.* vbi contractum paulo aliter de-
nit, videlicet, quod sit conuentio quæ proprium & legitimum nomen ha-
t, vel quæ nomine vacat, datione tamen, aut facto aliquo sumsit effectum.
uæ definitio omnibus contractuum speciebus conuenit tàm nominato-
m, quam innominatorum. Quæ definitio contractus à Cujatio tradita,
nquam omnium perfectissima amplectenda & retinenda est, cum Cujatius
nquam omnium ICtorum nostri æui solertissimus & subtilissimus sum-
us sit definiendi artifex, ita vt raro aut nunquam eius definitiones infringi
t euerti possint.

ASSERTIO LIV.

Etiam jure Canonico reperiuntur aliqui contractus stricti juris.

VRE ciuili contractus ita diuiduntur, quod alij sint bonæ fidei, alij
vero stricti juris *§. actionum. Inst. de actio.* Contractus bonæ fidei ideo di-

 cuntur,

cuntur, quia in iis magis exuberat bona fides, & ex æquo ac bono maximè in iis proceditur. *l. bona fides 31. ff. depositi.* Stricti vero juris contractus ideo dicuntur, quia non venit in iis, nisi quod exigit natura contractus, & quod nominatim in conuentionem deductum est *l. quia tantundem 7. ff. de neg. gest. l. quicquid 99. ff. de verb. oblig.* Hæc differentia contractuum non est sublata jure Canonico, nam & eo jure aliæ sunt actiones bonæ fidei, in quibus ex æquo & bono maximè proceditur, aliæ vero sunt stricti juris, in quibus ex summo jure est agendum. Probat hanc decisionem *c. cum venerabilis. ex. de except.* vbi Pontifex argumentatur loquens de permutatione, dicendo quod est contractus bonæ fidei, quasi sentiat non omnes contractus esse bonæ fidei, alioquin specialiter argumentum in illo contractu non concluderet, si id esset commune omnibus contractibus.

Sed pro contrariâ opinione, quod jure Canonico omnes contractus sint bonæ fidei, adducitur tex. in *cap. cum dilecti. extra. de donat.* Ibi cum textus de donatione, & quâdam ejus interpretatione loquatur, inquit latissimè illam donationem esse interpretandam, adjectâ hac generali regulâ, quia in contractibus plena, in testamentis plenior, in beneficiis plenissima sit facienda interpretatio, & tamen nullus contractus est strictioris juris, quam donatio. *l. eum qui 22. ff. de donat.* vbi dicitur quod ex contractu donationis non debeantur vsuræ, quod proprium est in contractibus stricti juris. *l. 1. C. de cond. indeb. l. 3. C. de vsur.* Hinc probatur, quod contractus donationis, qui de jure ciuili est stricti juris, jure Canonico sit bonæ fidei, & latius sit interpretandus, quam vltima voluntas sit accipienda. Resp. Prædictus canon loquitur de donatione factâ Ecclesiæ vel pio loco, quod fauore religionis sit in tali donatione facienda latissima interpretatio, vt in dubio videatur id promissum, quod est majus & vtilius Ecclesiæ. Vnde licet donatio sit naturâ stricti juris, tamen quando fit Ecclesiæ seu pio loco, latissimè est interpretanda. Similem tex. habemus in *l. Titia 38. §. Seja. ff. de an. & arg. leg.* vbi cum testator quidam jussisset vt in æde sacrâ ab hæredibus suis poneretur signum Dei ex centum libris, & quæretur an ex ære vel argento illud signum poni deberet, deciditur, quod si in illa æde solum essent signa ærea vel argentea, quod argenteum ponendum sit. Hanc differentiam jure Canonico etiam obseruari, quod aliæ actiones sint bonæ fidei, aliæ vero stricti juris, defendunt *Sarmien. lib. 3. select. interp. c. 3. Gomez. ad §. actionum. Inst. de act. Godæ. de contr. stipul. c. 8. num. 24.* Dissentit *Cagnol. ad l. 2. C. de rescind. vend.*

ASSERTIO

ASSERTIO LV.

Præsides prouinciæ mutuam pecuniam dare, fœnusve excercere prohibentur, mutuam tamen pecuniam fœnebrem licitè sumere possunt.

DECISIO hæc expresse traditur in *l. principalibus 33. & l. seq. ff. de rebus cred. tex. notab. in l. 3. C. Si cert. pet.* Cuius hæc sunt verba. Eos qui officia administrant, neque per se, neque per suppositas personas tempore officij sui, in provincia fœnus agitare posse, sæpe rescriptum est. Ra... prioris decisionis duplex est: prima est, ne præsides quæstus studio à curâ ...ouinciæ administrandæ auocentur. *arg. l. milites agrum. ff. de re milit.* Al...ra ratio est, ne per concussionem seu impressionem vel metu potestatis, sub...ti adigantur commercium aliquod exercere, & sic inuiti res suas alienare ...gantur *l. penult. C. Quod met. causa.* Ratio posterioris decisionis, quâ per...ittitur præsidibus prouinciarum mutuum sub fœnore accipere, hæc est, ne ...bsidium inopiæ præsidibus auferatur, quod illis videretur eripi, si non pos...nt ad subleuandas suas necessitates mutuam pecuniam sub vsuris accipere.

Aduersatur grauiter huic decisioni *l. quisquis C. Si cert. pet.* vbi judices ...ue magistratus prohibentur sub pœna exilii mutuum accipere, quæ pœna ...m illi irrogatur qui mutuum accepit, quam qui dedit. Resp. Præsidibus ...rouinciarum, aliisque magistratibus mutuum accipere, item fœnori pecu...iam sumere non licet à litigantibus, seu ab iis inter quos judicant, ne liti...antes prætextu mutui leges & judicia redimere tentent, neve justitiam quæ ...ratis administrari debet, pretio corrumpant. Ab aliis verò apud se non liti...antibus possunt magistratus mutuam pecuniam, vel sub fœnore tutò acci...ere, quia hoc casu cessat suspicio corrupti judicii. Præterea fieri posset, vt in...igeat præses prouinciæ pecuniâ, quam nisi poterit fœnori accipere, quo...ammodò minuetur & labefactabitur ejus dignitas, & subsidium inopiæ ei ...feretur. Ita respondent *Donel. ad l. præsidis 34. ff. de reb. cred. Pacius ad l. 3. n. 9 C. Si. cert. pet. & cent. 3. Enantiop. quæst. 76.* Aliter respondet *Alcia. lib. . dispunct. c. 22.* qui tradit eam L. procedere in speciali casu, quando scilicet ...uis præsidi vel magistratui ambienti honorem vel dignitatem, pecuniam ...utuam dederit, quo facilius eum honorem consequatur pecuniæ inter...entu. Vnde eo casu vterque & ipse creditor mutuo dans, & præses mutuum ...ccipiens exilij pœna coërcetur.

Secundò videtur obstare *d. l. præsidis ff. de reb. cred.* vbi officialibus & mi-

 nistris

nistris præsidum permittitur mutuam pecuniam dare, & fœnus exercere: Si hoc licet ministris præsidum prouinciæ, multò magis ipsis præsidibus licere debet. Resp. Ideò licet præsidum & magistratuum officialibus mutuum dare & fœnus exercere, quia perpetui sunt. Absurdum enim & durum esset, si iis qui semper in officio manent, perpetuò interdicatur commercio mutui, sine quo vita hominum consistere non potest. Quod similiter non iniquum visum fuit in magistratibus Romanis, quia illi temporales erant & annui. Vnde & hodie magistratibus nostri temporis, si qui sunt perpetui, cum subditis licet contrahere, mutuum dando, emendo vendendo, aliisque modis. *arg. Auth. licentiam C. de Epis. & cler. l. pen. C. de dona. inter vir. & vx.* Quod eatenus verum est, quatenus de illorum impressione & violenta extorsione seu terrore subditis injecto non apparet *d. l. pen. C. Quod met. caus. Zaz. ad d. l. principalibus num. 15. ff. de reb. cred.*

ASSERTIO XLVI.

Minor sine auctoritate curatoris jusiurandum deferre potest.

QVÆRITVR an pubes curatorem habens, possit absque eo jusiurandum de ferre: Et plerique doctores tradunt, sicut pupillum, ita nec puberem, si habeat curatorem, posse deferre jusiurandum per *l. 4. C. de reb. cred.* Quod non est eis temerè concedendum, cum illud nullo loco sit proditum: quin potius in cõtrarium traditur in *l. nam posteaquam 9. §. si minor. ff. de jureju.* puberi qui detulit jusiurandũ, necessariam esse restitutionem in integrum. Ergo jure detulit *d. §. si minor.* Et ne qua resideat dubitatio in specie *d. §. si minor.* puberem curatorem habuisse, argumentum est, quod jusiurandum detulit in judicio, quod nullum foret sine curatore. Valet ergò delatio jurisiurandi sine curatore facta, quod confirmatur hoc modo. Iusiurandum vim solutionis obtinet, vel potius, cui solui potest, is etiam juramentum deferre potest *l. 17. §. pen. & l. 21. & 27. ff. de jurejur.* At puberi solui potest sine curatore *l. ait præt. 7. §. 1. ff. de min.* Ergò pubes jusiurandũ deferre potest sine curatore, verum vtróque casu ei subuenitur restitutione in integrum, si captus sit.

Primò aduersatur, quod minori non permittitur alienatio rerum suarum absque auctoritate curatoris *l. 1. ff. de minor.* Sed dicendum quod in solutione, quæ fit minori, nihil alienat aut amittit minor, ideo quod suum recipit, & accipienti fit acquisitio quædam. Eadem est ratio jurisiurandi, quia solutionis loco cedit factæ minori *l. 27. ff. de jureju.* Si tamen nummi salui non fuerint, minor restitui poterit in integrum *l. ait prætor. 7. ff. de mino.*

Secundo

Secundo obstat *l.3.C.de in integ.rest.* vbi traditur, si minor curatorem ha-bat, & bona sua sine auctoritate ejus vendat, contractum ipso jure non vale-re. Resp. Illa lex de venditione impleta & perfecta loquitur, quod scilicet si minor habens curatorem res suas vendidit & tradidit, sine curatoris auctori-tate & consensu, ipso jure nō valeat venditio & alienatio, quia minor bona sua sine curatore alienare non potest. Cæterum minor habens curatorem, perso-nam suam sine curatore obligare potest, dum modò non sequatur alienatio bonorum *l. puberes 101. de V.O.* Summa hæc est, quod minor etiam curatorem habens personæ suæ respectu se obligare potest, sine auctoritate curatoris, Vn-de & matrimoniū rectè contrahere potest sine auctoritate curatoris *l. in copu-landis 8. C. de nupt. l. sciendum 20. ff. de rit. nupt.* Item solui ei potest, & jusiu-randum deferre sine curatore potest, sed bona sua administrare aut alienare sine curatore suo non potest. Tertio objicitur, quod prohibita alienatione bo-norum minori, censentur ea quoque prohibita, per quæ peruenitur ad aliena-tionē. Atqui vero ex minoris obligatione valida peruenitur ad alienationem bonorum, si is qui ritè obligatus est, nolit soluere. *l.5.§. si pupillus stipulanti ff. de reb. eor. qui sub tute.* Resp. Ea alienatio minus periculosa est, quæ non nisi per iudicem & causa cognita fieri potest, & consequenter ita demum si ap-pareat iustam obligandi minoris causam fuisse, nec aduersus eam obligatio-nem restitutio in integrum ex iusta causa postuletur. Ita notat *Cujac ad l.4. C. de reb. cred. & d. l. puberes, & lib. obs. 19. c. 33.* A quo dissentiunt *Duare. ad tit. de jureiur. c. 10. & Donel. c.4. Gæda. in tracta. de contr. stip. c.7. conclus. 14. & ad l. Princeps 20. ff. de V. S.*

ASSERTIO LVII.

Fidejussoris jusiurandum Reo prodest.

PROBATVM hæc decisio in *l. in duobus 28. §. 1. ff. de iureiu.* in *l. vlt. §. si fideiussor. ff. eod.* vbi expresè traditur quod juramentum à fidejussore exactum, etiam Reo seu principali debitori proficiat, hac addita ratione, quia jusiurandum in locum solutionis cedit.

Sed objicitur *l. fideiussoris 23. ff. de pact.* vbi dicitur, quod fidejussoris pa-ctum Reo non prosit. Resp. Iurisiurandi major vis & potestas est quam pa-cti, quia jurisiurandum habetur loco solutionis *l. iusiurandum 27. ff. de iureiu.* Itaque quando fidejussor jurat se dare non oportere, quasi soluisset, prodest hoc jusiurandum Reo principali, ac si reuera soluisset fidejussor. Quod & in acceptilatione receptum est, nam hæc duo, jurisiurandi præstatio & ac-

ceptilatio vim & effectum solutionis habent. *l. & per jusjurandum 13. §. si fidejussori ff. de jureju.* Sed pactum fidejussoris reo non prodest, quia nullam ponit solutionem interuenisse, imò pacto de non petendo interposito, fatetur quis se debere, quod cum creditor illi tantum remittit, non debet ista liberalitas aliis prodesse. Sed quæritur, an cum juramentum fidejussoris prosit reo, an etiam fidejussor jurans habeat regressum in reum. Et verius est, eum non habere regressum, quia ad regressum vera solutio est necessaria, nam fidejussor contra reum reuerti non potest, nisi probet veram solutionem. Ita decidunt *Accurs. Bart. Iason & Costal. ad d. l. in duobus §. 1. ff. de jureju.* per text. in *l. si verò non remunerandi 12. in princ. ff. manda.* Nec obstat, quod juramentum succedat in locum solutionis, hoc enim verum est, quoad creditorem & debitorem jurantem, non autem quoad alios. Vide *Cujac.* de hac quæstione *lib. obseru. 22. c. 7.*

ASSERTIO LVIII.

Homo Christianus bonâ conscientia juramentum præstare potest.

IVSIVRANDVM est inuocatio nominis diuini, quâ petimus vt Deus sit testis nostræ asseuerationis, & puniat fallentes. Porrò quoties jusiurandum adhibetur ad confirmationem veritatis, licitè & legitimè à Christiano præstari potest. Omne enim juæurandum quod ad stabiliendam veritatem tendit, quodque vel gloriæ Dei promouendæ, vel proximorum saluti adjuuandæ seruit, à Deo est approbatum, ideoque omninò seruandum. Probatur hoc auctoritate sacræ Scripturæ. Primò quia legitimum jusiurandum verbo Dei sancitur & jubetur. Sic enim *Deutero. 6.* scriptum extat. Dominum Deum timebis, & illum coles, jurabisque per nomen ejus, & *Deutero. 10.* Dominum Deum tuum time, & ei serui, adhære ei, & jura per nomen ejus. Huc pertinet quod propheta Dauid *Psalm. 15.* inter notas & indicia pij viri refert, si quis firmiter & inuiolatè iuramentũ custodiat, dum inquit: Quis habitabit Domine in tabernaculo tuo, aut quis requiescet in monte sancto tuo? Qui iurat proximo suo, & non decipit. Idem comprobatur *Psalmo 63.* dum ait propheta: Rex autem lætabitur in Deo, & gloriabitur quisquis jurat per eum, vbi inter cultores Dei censentur, qui iurant per nomen eius. Idem confirmat Apostolus Paulus *ad Hebræ. cap. 6.* hisce verbis. Omnis controuersiæ finis est jusjurandum, ad confirmationem veritatis adhibitum. Secundò hæc decisio inde comprobatur, quia à sanctis in veteri & nouo Testamento jusiurandum rectè est adhibitum & vsurpatum. Sic *Genes. 12. vers. 24.* habetur. Dixitque Abraham

braham Regi Abimelecho, ego jurabo. Item *Iosue 9. vers. 15.* Iosue pacem eriit cum hostibus, & principes cœtus jurauerunt eis. Adhæc 1. *Samuel. 24. vers. 22.* Iurauit Dauid Sauli, quod non excindet semen ejus, neque delebit omen ejus de domo patris sui. Denique in nouo Testamento, Apostolus aulus jurat, *Rom. 1. vers. 9.* hac forma: Testis est mihi Deus, cui seruio iritu meo in Euangelio Filij ipsius, quod indesinenter meminerim vestri. em *Galat. 1. vers. 20.* In iis quæ scribo vobis, ecce coram Deo non mentior, uæ etiam est jurisjurandi formula.

Contra hanc sententiam insurgunt Anabaptistæ, & asserunt juramenta hristianis omninò esse interdicta, & hoc modo turbant vincula politici rdinis. idque probare conantur ex *Matthæi cap. 5. vers. 34.* vbi ita habetur. go verò dico vobis ne juretis omnino, neque per cœlum, quia thronus Dei t, neque per terram, quia scabellum pedum ejus est. Esto autem sermo ester, etiam etiam, non non, quod vero supra hæc redundat, à malo est. lem affirmatur *Iacobi 5. vers. 12.* hisce verbis. Fratres mei neque jurate per elum neque per terram, neque aliud vllum jusjurandum. Sit autem verum est est, & non non, ne in condemnationem incidatis. Resp. His teimoniis non omnia, sed temeraria, friuola, & non necessaria juramenta ohibentur. Hoc declaratur apertè ex scopo Christi, qui veram legis senntiam de juramentis à corruptelis Pharisæorum vindicans, non tantum erjuria, sed & leuia ac temeraria juramenta, in quibus vel directo vel indiecto nomen Dei, sub appellatione creaturarum exprimitur, arguit & conemnat. Nam Pharisæi obliqua sua juramenta eo prætextu excusabant, quia cet temerè per cœlum & terram jurarent, & fidem fallerent, tamen asserеant se perjuros non fieri, quia nomen Dei in juramento non expresserant. t Christus ostendit etiam tunc jurari per nomen Dei, cum cœlum & terra ominantur, quia nulla est pars mundi vel creatura, cui non Deus insculpset gloriæ suæ notam. Deus enim non verba sed mentem & sententiam conderat, sicut ipse Christus *Matth. 23.* de hisce temerariis jurisjurandi formulis *vers. 16. 17. 18.* & sequentibus disertè & luculenter testatur. Eadem est Apooli Iacobi sententia.

Sed contra solutionem instatur. Atqui Christus inquit, ne juretis omnio. Ergo omnia juramenta Christianis sunt interdicta. Resp. Fallacia est ompositionis & diuisionis. Particula enim vniuersalis omnino, non ad verum juretis, sed ad temerarias jurandi formulas est referenda, quasi diceret hristus, omnino non jurate neque per cœlum, neque per terram, vel aliis bliquis & indirectis modis, quibus Dei majestas non minus læditur, quam irectis modis jurandi, dummodo superuacuo, in vanum, & temere juretur. hristus ergo futilia superuacanea & temeraria tantum juramenta damnat,

quæ iustæ necessitati non seruiunt, neque ad proximi salutem vel Dei gloriam pertinent. Alióqui juramenta quæ illustrant gloriam Dei, vel ad propriam aut proximi salutem conseruandam pertinent, si sanctè reuerenter & sobriè ad veritatis confirmationem adhibeantur, licita, & omninò humanæ societati ad finiendas lites & controuersias vtilia sunt, & necessaria, quia hoc modo Christus & Apostoli eius sæpe jurarunt. Hoc etiam licet ab Ethnico, tamen graui scriptore, scilicet Isocrate in orat. ad Demonic. comprobatur, vbi inquit. Iusiurandum si postulabitur, duabus de causis dabis, vel vt te turpi crimine liberes, vel vt amicos è periculis eripias.

Tertio ex iure ciuili adfertur argumentum in contrarium, ex *l. quæ sub conditione 8. ff. de cond. inst.* vbi traditur quod si alicui sub conditione jurisiurandi legatum vel fideicommissum relinquitur, si videlicet juret se aliquid daturum vel facturum, quod juramenti conditio ei remittatur à Prætore. Resp. Ideò Prætor remittit conditionem jurisiurandi in eo casu, quia jurari nullius interest, dummodò is, qui jurare jussus est, voluntati testatoris pareat, & absque jurejurando, exequatur vel faciat illud, quod testator jurejurando præstito dari vel fieri voluit.

ASSERTIO LIX.

Iuramenta per vim & metum extorta, etiam à maioribus 25. annis nullius sunt momenti.

SACRAMENTA per vim extorta à prædone, nullius sunt momenti, nec etiam verbo Dei necesse est ea seruare. Hoc inprimis nominatim constituit Imper. Fridericus in *Auth. sacramenta puberum C. Si aduersus vend.* Idem jure Canonico confirmatur in *c. cum contingat, in fi. ex. de jurejur.* vbi traditur juramenta vi & dolo præstita non esse seruanda. Eandem sententiam manifestè confirmat *c. abbas. ex. de his quæ vi met. cau.* vbi dicitur quod renunciatio beneficij per metum facta ipso jure non valet, etiam accedente juramento Confirmatur hæc quoque assertio clarissimè per *c. requisiuit 17. ex. de sponsal.* vbi statuitur matrimonium metu contractum ipso jure non valere, etiam inter posito juramento. Denique euidenter hæc deuisio comprobatur per *l. si mulier 21. §. si dos. ff. Quod met cau.* vbi traditur quod dotis promissio per metum extorta ipso jure non valet. Facit huc testimonium à Cicerone *in Officiis libro 3* proditum, videlicet non teneri eum periurio, qui pretium prædonibus pro capite pactum non attulerit, ne si juratus quidem id non fecerit adducto illo versu Euripidis ἡ γλῶσσ᾽ ὀμώμοχ᾽, ἡ δὲ φρὴν ἀνώμοτος, id est, lingua juraui, mentem injuratam gero.

Sed

Sed aduersam partem defendunt doctissimi ICti. pariter & Theologi, qui volunt omne jnsiurandum etiam per vim à prædone & latrone extortum, esse seruandum, si de re priuata & jure proprio jurantis agatur. Quæ sententia notis sacræ Scripturæ locis defenditur, & manifesta ratione stabilitur. Imò pro ista decisione confirmanda facit generale præceptum Decalogi, quo prohibemur nomen Domini temerè & in vanum frustráque vsurpare. Deinde apertè eandem sententiam comprobat *Psal. 15.* vbi inter notas, quibus viri boni designantur ex verbo Dei, hæc vna recensetur, quod quis jurat proximo suo, & non mutat juramentum etiam cum damno suo. Præterea hæc firmissima ratio pro contraria sententia adfertur. Omne juramentum licitum, quod sine peccato seruari potest, est seruandum *c. cum contingat in fin. ex. de jurcju.* Atqui qui prædoni etiam metu coactus jurat, hic grato promittit de re sua, & de quo per leges pacisci licet, neque obseruatio huius promissi habet quid turpe & cum delicto coniunctum, quia licet vnicuique & sine iureiurando de re suâ pro arbitrio statuere. Vnde colligitur hoc genus iurisiurandi esse seruandum.

Hisce argumentis & obiectionibus respondetur, quod loca illa sacræ Scripturæ, quibus traditur nomen Dei non esse vsurpandum temerè, item virum bonum id quod iurauerit, non debere mutare, cum hac exceptione sint accipienda, dummodò iusiurandum sit licitum, aut dummodò id quod promittitur, non sit turpe & contra bonos mores, quo scilicet præstito Deum magis offendas, & nomen vel præceptum eius violes. Iuramentum enim contra bonos mores præstitum non est obligatorium *c. non est. de R. I. in 6.* Item iusiurandum non debet esse vinculum iniquitatis *c. quanto ex. de jurju.* Atqui vt quis cogatur præstare latroni, quod per vim vel metum extortum est, hoc turpe est, & contra bonos mores, ideoque iusiurandum tale jurantem non obligat. Quod autem turpe sit, comprobatur hisce duabus rationibus. Primo quia qui latroni dat promissum vi extortum, facto suo vim & metum, nec non latrocinia & rapinas comprobat: hoc autem facere est contra bonos mores *l. nihil consensui. 116. de R. I.* Deinde inhonestum est, latroni aliquid tanquam latroni dare. Nam prædo propter vim publicè malè meritus, dignus est qui egestate publicè laboret, non qui lucrum ex improbitate sua faciat, *l. bona fides 31. ff. de pos.* vbi dicitur, quod malè meritus publicè veluti prædo, vel capitalis iudicii reus, vt aliis exemplo ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet. Vera itaque & firma manet hæc sententia, etiam suffragante verbo Dei, Sacramenta per vim & iustum metum extorta etiam à maioribus nullius esse momenti. Ita eleganter decidunt *Donel. lib. 20. com. c. 13. Pacius 21. ad l. 2. nu. 13. C. de reb. cred.* *cent. 3. ἐναντιοφ. quæst. 80.* Dissentiunt *Petrus Martyr clas. 2 locor. commun.*

c.13 in quæst An fides latronibus data sit seruanda. *Danæus in Ethica Christiana* *Duare.* in methodica tractatione, *de Iurejur. c. vlt.* qui omnes tradunt juramentum à prædone per vim extortum esse seruandum *Fachin. lib. 8. contro. Iur. c. vlt.* rem hac distinctione componit, quod juramentum vi metuve extortum obliget quidem in foro conscientiæ, sed non in foro externo ita vt propter hanc promissionem vi extortam apud magistratum conueniri promissor possit.

ASSERTIO LX.

Promißio per fidem Christianam facta, jurejurando æquiparatur.

ANceps & dubia est quæstio. An promissio sub fide facta, vt puta si quis promiserit sub fide sua se aliquid daturum vel facturum, æquiparetur juramento. Est statuendum videtur fidei interpositionem juramento æquipollere: quia passim in jure hæc duo æquiparantur, & à pari procedunt, juramentum scilicet corporale, & fidei præstatio, seu promissio sub fide facta tex. sunt in *c. ad aures ex. De his quæ vi met cau.* in verbis nisi forte juramento vel fide interposita; *c. peruenit 3. ext. de jurejur.* in verbis, si promissum tuum juramento, vel fidei obligatione interpositâ conditione firmasses. Idem probatur in *c. peruenit, in fin. ext. de fidejuss.* in verbis si fidei religionem & juramentum eos violasse non constiterit, vbi eadem sunt & æquipollentia, venire contra fidem promissam & contra juramentum. Huc accedit, quod Deus inter simplicem loquelam seu sermonem nudum, & juramentum non facit differentiam. *c. juramenti. 22. quæst. 5.*

Sed opponitur *l. qui per salutem 33. ff. de jurejur.* vbi si quis juret per fidem ac salutem suam, non habetur pro eo, ac si per Deum jurasset. Resp. Obseruanda hic est & sequenda distinctio *Alciati* tradita in *l. si quis major 14. in verb. innocato. C. de transact.* Aut quis promisit per fidem Christianam, aut simpliciter per fidem suam. Priori casu accipitur pro vero & legitimo juramento, habentque in tali formula promissionis, contra eum qui fidem datam violauit, omnes pœnæ perjurii locum *d. l. si quis major. in fin. C. de transact. c. querelam. Ne prælati vices suas* &c. Posteriori verò casu, quoad promissionis observantiam censetur quidem jurasse, ita vt hoc respectu paris sit efficaciæ sub bonâ fide facta promissio, cum juramento reuera præstito. Quoad pœnam verò differunt, quæ non perinde incurritur fractione fidei atque juramenti. Grauius namque & durius punitur violator juramenti, quam simplicis fidei & promissionis. *Gl. in c. penult. in verb. quod promisit, de jurejurando.* In pœnalibus enim, vt puta in pœnâ perjurii, fieri debet restrictio.

c. odia

dia de R. I. in 6. Approbat hanc distinctionem *Fachin. lib. 1. contro. c. 12.* ne notissimâ consuetudine Germaniæ receptum est, quod quando Princi- s illustres vel nobiles personæ aliquid promittunt sub principali vel nobi- latis fide, *bey Ihren furstlichen oder adelichen ehren vnd trauvven, oder gutten guben.* quod hoc in omnibus vim jurisiurandi obtineat. Ita in Camerâ nperii judicatum esse notant *Minſ. cent. 1. obſeruat. 17. Gail. lib. 2. obſ. c. 59.*

ASSERTIO LXI.

Actori in infinitum jurare licet, quando juramentum in litem præstat.

QVOTIES defertur actori jusiurandum in litem, quod fit cum agit ad restitutionem vel exhibitionem rei suæ, actione in rem vel in perso- am, & dolo vel contumaciâ aduersarii res ei non restituitur, tunc actor jure- rando in litem, rem de qua agitur æstimat pro suo arbitrio, sine ulla taxa- one judicis, vnde & hoc vocatur juramentum affectionis. tex. sunt in *l. 2. §. l. 5. §. 3. & l. 8. ff. de in litem jur.* eò quod actor jurat tanti se rem in judi- um deductam æstimare, quanti sua in eam rem illi dictabit affectio. Itaque uotiès per jusiurandum in litem res æstimatur, tunc quantitas intra quam ratur, non taxatur à lege, sed in infinitum jurari potest. *l. qui restituere. 68. de rei vend.*

Sed aduersatur huic decisioni *l. 4. §. jurare, & l. 5. §. 1. ff. de in lit. jur.* em *l. 3. §. præterea ff. Ad exhib.* vbi traditur, quod judex potest modum ju- ejurando adjicere, vt intra certam quantitatem juretur, ne arrepta occasione immensum juretur. Resp. Dupliciter. Primò quod quantitas intra quam ratur, non taxatur à lege, sed taxatio committitur arbitrio judicis, qui definit uantitatem, intra quam jurare liceat. Secundò dicendum, quod actori qui- em in infinitum jurare liceat, quanti rem suam æstimet, hoc est nullus cer- us modus æstimationis in eâ re à lege præscriptus & taxatus est *d. l. qui resti- uere.* Illud enim dicitur in jure infinitum quod Græcè ἀόριστον appellatur, uod certo tempore & modo non est finitum *l. vlt. C. de SS. Ecclеſ.* Atta- nen in immensum, hoc est, vltra probabilem & æquum modum non licet rare. Immensum enim est, quod modum nimis excedit, & in quo nimium ctor affectui indulget. vtpote si quis rem viginti tantum dignam, mille au- eis æstimet. Itaque si in immensum juretur, tunc pro arbitrio suo judex taxa- ionem jurejurando præscribet, & certam summam præfiniet, ad quam actor rabit. Approbat, & sequitur *Faber de error. pragmat. decade 18. erro. 9.*

Secundò objicitur *l. 4. §. item videndum. ff. de in lit. jur.* vbi traditur, quod

iudex potest eum contra quem iuratum fuit, absoluere, vel minoris condemnare, quam aduersarius dato iureiurando rem æstimauerit.

Cui legi iterum obstat *Auth. post jusjurandum C. de judic.* vbi sancitur quod post iusiurandum præstitum non licet iudici amplius taxare, sed necesse habet iudex secundum quantitatem qua iuratum fuit, condemnare. Distinguendum est inter iuramentum affectionis, & iuramentum veritatis. Quando præstatur iuramentum veritatis, vt quando actor iurat se tot expensas in lite fecisse, huic iureiurando oportet stare, nec potest illud retractari, ne periurii arguatur is qui iurauit *l. quod si deferente* 31. *ff. de dolo. l. aduersus* 15. *ff. de doli except.* de quo iuramento loquitur *d. Auth. post jusjurandum.* Quoties verò præstatur iusiurandum affectionis, vt in iureiurando in litem accidit, hoc retractari potest, quia tunc non arguitur periurii is qui iurauit, sed immodicæ affectionis quam habuit erga rem, de qua iurauit, à iudice moderatio adhibetur.

Tertiò obiicitur *l. vnic. C. de sent. quæ pro eo quod interest &c.* quia cauetur, non licere actori in æstimando id quod interest, excedere duplum rei in obligationem aut petitionem deductæ. Resp. Hoc iusiurandum in litem non de eo quod interest actoris, præstatur, sed definit quanti actor rem æstimat pro arbitrio & affectu suo: quæ res inter se vt contrariæ opponuntur *l. tutor. ff. de in lit. jur. l. non à judice ff. de judic.* Præterea in hoc iureiurando contumacia non restituentis punitur tanquam delictum: sed *l. vnic. C. de eo quod interest,* ad casus incertos, in quibus versatur delictum, non pertinet.

ASSERTIO LXII.

Filiusfam. SC. Macedoniano renuntiare non potest contra ZAZIVM.

CAVTVM est SC. Macedoniano, ne creditoribus liceret filiisfam. mutuas pecunias dare, ita vt si quis filio in patria potestate constituto mutuas pecunias dederit, ei neque in patrem, neque in filium etiam patria potestate liberatum nulla competat actio. Huic SC. causam dedit improbus fœnerator Macedo, qui flatigiosè adolescentibus filiisfam. pecuniam ad quemuis luxum incertis nominibus credebat, sic vt tandem filii ære alieno obruti, in quoduis flagitium, ac mortis etiam paternæ cogitationem impellerentur, quod ipsi egentes & creditorum improbo fœnore exhausti, hæreditatem paternam creditoribus in solutum cedere possent, §. *penult. Inst. Quod cum eo qui in aliena potest.* Cui malo salubre remedium inuentum est SC. Ma-

SC. Macedoniano, denegatâ creditoribus mutui actione seu exactione *l. 1. ad SC. Maced.* Melius enim est iuueniles calores coarctari, ne libidini dediti tristem sortiantur exitum, qui eos post diffusum extet patrimonium *l. consilum, 8. §. filiis autem familias. C. de bo. quæ liber.* Disputatur autem variter à DD. vtrum huic SCto. filiusfam. renuntiare possit. Et non posse eum renunciando beneficium huius SC. amittere, communi DD. calculo receptum est. Ita notant *Gl. & Bart. ad l. tametsi, ff. ad SC. Maced.* quos ferè reliqui DD. cateruatim sequuntur. Confirmatur hæc decisio duobus fortissimis argumentis & textibus. Primò probat hanc sententiam, quod hoc SCtum respiciat vtilitatem publicam, ne videlicet filiorum mores, pecuniâ mutuâ supra probabilem modum illis creditâ, & ita luxuriæ causa subministrata, pessimo exemplo corrumperentur. *l. 1. ff. ad SC. Maced.* Ideóque priuatorum pactis, huic juri vtilitatis publicæ causa statuto & introducto renuntiari non potest, *l. jurisgentium 7. §. si paciscar. ff de pact.* Secundò stabilitur hæc conclusio per *l. tametsi 11. ff. ad SC. Maced.* vbi traditur filiumfam. posse opponere hanc exceptionem post sententiam. Itáque cum omnes exceptiones debeant regulariter opponi ante sententiam, & allegatio hujus exceptionis admittatur nihilominus post sententiam, cum jam tempus proponendis exceptionibus præfinitum, elapsum sit, hinc consequitur filiumfam. non posse tacitè exceptioni Macedoniani renuntiare, dum sciens passus est tempora proponendæ hujus exceptionis elabi & effluere. Ergò nec expressè filiusfam. renuntiare poterit huic SC. quia taciti & expressi eadem est virtus *l. 3. ff. de reb. cred.* Hæc sententia, quod filiusfam. beneficio SC. Macedoniani renuntiare non possit, communiter est à DD. recepta, vt attestantur *Gomez. tomo. 2. varia. resolut. c. 6. num. 2. Fachin. lib. 2. contro. c. 61.* A qua tamen discedit *Zazius lib. 2. sing. resp. c. 18.* Tria ejus argumenta præcipua sunt hæc. Primum est. Pares sunt exceptiones SC. Vellejani & Macedoniani. Sed mulier renuntiare potest SC. Vellejano *l. vlt. §. penult. ff. ad SC. Velleja.* Ergò & filiusfam. Macedoniano SCto. renuntiare potest. Resp. Dissimilia hæc sunt: Nam SC. Vellejanum introductum est in fauorem mulierum intercedentium, atqui quilibet potest fauori pro se introducto renuntiare *l. penult. C. de pact.* At SC. Macedonianum sancitum est, vt prospiciatur bonis moribus juuenum, ne videlicet illi creditorum fraudibus & insidiis corrumpantur, dum illis ad turpem luxum pecunias subministrant. Itaque cum hoc SCtum commodo publico consulat, nequaquam illi pacto seu renuntiatione filiifam. derogare possunt. Huc accedit, quod SCto Vellejano nuda causa bonorum contineatur. Macedoniano vero SC. scelerum causæ, mali mores, pessima exempla, fœdæ bonorum dilapidationes patricidii metus, & alia id genus, atrocia delicta præcauentur.

Sæpe

Sæpe enim hac occasione vsuuenire videmus, vt obrutus ære alieno, & deliciis, compositionibus, scortationibusque assuetus, & flagitiosam vitam degens filius ante diem patrios inquirat in annos. Quod & comprobat Imp. Iustinianus in *§. vlt. Inst. Quod cum eo qui in alie. potest.* vbi ita dicit. Quæ ideò senatus prospexit, quia sæpè onerati ære alieno creditarum pecuniarum filijfam. quas in luxuriam consumebant, vitæ parentum insidiabantur.

Secundum argumentum hoc est. Filiusfam. in foro conscientiæ, vt vocant, peccat mortaliter, si mutuum non restituat. Ergò renuntiare potest exceptioni, quam habet ex SCto Macedoniano. Ita tradit *Innoc. in cap. quia plerique ex. de immunitate Ecclesiæ.* Resp. Aut filius ob justam & probabilem causam mutuum accepit, & in necessarias vtilesque causas pecuniam mutuam exposuit, & hoc casu bonâ conscientiâ hac exceptione vti non potest, licitéque illi renuntiat. text. sunt notabiles in *l. in pupillo 47. §. fin ff. de solut. l. Macedoniani C. ad SC. Maced.* Aut ob nullam justam causam filius mutuum accepit, sed in vanos, superfluos & inutiles vsus pecuniam expendit, & hoc casu bona conscientia hac exceptione vti potest, illique frustra & inutiliter renuntiat. Ita decidunt *Panorm. in d. c. quia plerique de immu. Ecclesi. Emanuel à Zoarez in addit. ad Gomez. to. 2. c. 6.*

Tertium argumentum à Zazio tale adfertur. Odiosa est exceptio SC. Macedoniani, & in odium creditorum filiofam. fœnerantium introducta *l. qui exceptionem 40. ff. de cond. indeb.* Ergo ei renuntiari potest, quia odia restringi & coarctari debent. *c. odia, de R. I. in 6.* Resp. Negando consequentiam, quia si renunciari posset huic SC. inanis esset prouisio legis, & filiorumfam. nequitiæ & corruptioni magna fenestra aperiretur, & occasio delictorum inde nasceretur, vnde justitia & æquitas expectari deberet, quod præcauere in animum induxerunt legislatores. Vnde quod recta via fieri prohibetur, id non debet indirectè & per obliquum admitti. *c. cum quid vna. de R. I. in 6.*

ASSERTIO LXIII.

Sequestratio regulariter jure prohibita est.

CONFIRMATVR hæc assertio per *l. vnic. C. de prohib. sequest. pecu.* cuius hæc sunt verba. Quoties ex quolibet contractu pecunia postulatur, sequestrationis necessitas conquiescat. Oportet enim primò debitorem conuinci, & sic deinde ad solutionem pulsari. Quâ lege cauetur, ne pecunia, quæ aliqua condictione seu actione personali petitur, sequestro deponatur. Vt puta si petam abs te pecuniam ex mutuo, vendito, vel stipulatione, non possum te cogere, vt pendente lite deponas eam pecuniam apud judicem.

Ratio duplex est, quia primò conuincere oportet debitorem, tum cogitur soluere. *l. negantes 9. C. de obligat. & actio.* Interim non est permittenda sequestratio, quia ab executione non est inchoandum iudicium *l. 1. C. de execut. reiud.* Altera ratio est, quia pendente lite commodo suæ possessionis nemo priuandus est. *c. 1. ex vt lit. pend. nih. inno. l. vlt. C. de rei vend.* Est autem sequestratio, depositum, quo à pluribus in solidum alicui res litigiosa vel ex partium consensu, vel officio iudicis custodienda committitur, ea lege, vt victori ea res reddatur, *l. proprie 6. l. licet 17. ff. depos. l. sequester 110. ff. de V.S.* Porò regulariter, vt dixi sequestratio prohibita est, quia possessor pendente lite non debet à sua possessione remoueri. *c. 2. ext. de sequ. possess.*

Opponitur primò *l. si fidejussor 7. §. vlt. ff. Qui satisd. cog.* vbi traditur, quod si petatur res mobilis, & persona suspecta sit, tunc apud Prætorem deponi & sequestrati debet. Resp. Eo demum casu admittitur sequestratio, si petatur res mobilis, & possessoris fides suspecta sit de fuga vel dilapidatione, & non satisdet iudicio sisti, vel iudicatum solui, tunc enim res pendente lite sequestratur. *d. l. 7. §. vlt.*

Secundò obiicitur *l. Imperatores 21. §. vlt. ff. de appellat.* vbi decîditur, quod fructus qui ab aduersario diripiuntur, pendente appellatione sequestro ponendi sunt. Resp. Quoties à sententia appellatum est, tunc si possessor condemnatus appellauit, fructus agri sequestrantur, possessione apud appellantem manente. *l. ab executione C. Quor. app. non recip.* Si verò petitor condemnatus appellauit, fructus non sequestrantur, nisi depopulentur ab aduersario *d. l. Imperatores §. vlt. ff. de appel. Cuiac. lib. 5. sent. Paul. c. pen. vlt.*

Tertiò opponitur *l. si cum dotem 22. § si verò ff. Solut. matr. & l. in rebus 30. in fin. C. de jure dot.* vbi sequestratur dos, si maritus dissipet dotem, & vergat ad inopiam. Resp. Tunc demum dos sequestratur constante matrimonio, quæ constat rebus mobilibus, vel fructus prædiorum dotalium, si maritus eos dissipet, & incipiat labi facultatibus, ad hoc vt mulier ex ea dote habeat competens solatium vna cum sua familia. *d. l. si cum dotem. §. si verò.*

Quartò aduersatur *l. si cuius 13. §. sed si inter. ff. de vsufruct.* vbi sequestratio admittitur, quando inter duos de alicuius fundi possessione controuersia est, & vterque vult fructus percipere, & periculum est, ne vtraque pars vi possessionem inuadat, & sic ad arma & rixas litigatores procedant, tunc iudex interim fundum cum fructibus sequestrabit, donec de possessione lis finem accipiat. Resp. Hæc sequestratio tum demum procedit, quando dubium est, vter litigantium possideat. At vero cum certum est alterum tantum possidere, tunc si aduersarius moueat illi quæstionem possessionis, judex non debet sequestrare fundi possessionem cum fructibus, sed interdicet sub certa pœna aduersæ parti, quæ non possidet, ne possessorem impediat vel turbet in sua

M quieta

quietâ possessione *arg. l. 1. ff. Ne vis fiat ei qui in pos. mis. l. penult. ff. de aquâ quotid. & æst.* Quæ opinio summâ æquitate fundatur, alioqui enim posset quilibet per malitiam fingere rixam & turbas imminere, vt aduersarius commodo possessionis priuaretur, malitiis autem hominum non est indulgendum. *l. in fundo 38. ff. de rei vend.* Ita eleganter tradit *Ferra. in pract. in for. sequestr. num. 3.* Plures casus, quibus licita est sequestratio, vide apud *Gl. in c. 2. ex. de sequ. poss. & Coras. lib. 3. misc. c. 2. Robert. lib. 1. sentent. iur. c. 5.* Denique notandum vnicum esse remedium euitandi sequestrationem, si videlicet is, contra quem sequestratio petitur, paratus sit satisdare, id est fidejussores dare, de judicio sisti, vel de re petitâ conseruandâ integrâ, *l. vlt. C. de ord. cogn. l. litibus, C. de agric. & cens. lib. 11. l. SCto 16. ff. de off. præs. l. si fidejussor. 7. §. fin. ff. Qui satisd. cog.* Vide de requisitis sequestrationis plenè apud *Minsing. centur. 5. obser. 35. & cent. 2. obs.* XI. *Andr. Gail. lib. 1. obser. c. 148. & c. 12. de Arrestis imperij. num. 1.*

ASSERTIO LXIV.

Pro re apud sequestrum depositâ, finitâ sequestratione restituendâ, competit deponentibus actio depositi sequestraria.

SEQVESTRATIO est rei litigiosæ à duobus vel pluribus apud sequestrem facta depositio, eâ conditione, vt tamdiu, dum lis durat, eam custodiat, & postea victori reddat, *l. sequester. 110. de V. S. l. 5. §. 1. l. 6. 17. & penult. ff. depos. l. 9. §. Labeo. ff. de dolo.* Hac sequestratione finitâ, datur sequestro deponenti ad rem sequestratam restituendam, actio depositi sequestraria. Eaque actio datur vel victori lite finita, vel illi qui conditionem impleuit, sub quâ sequestrum factum est, contra sequestrem, qui rem custodiendam accepit. tex. in *l. propter 5. C. depos. & in l. 5. §. 1. l. si in Asia 12. §. cum sequestre ff. eodem d. l. 9. §. Labeo. ff. de dolo.* Porrò tunc demum competit actio depositi sequestraria, cum duo vel plures apud sequestrem rem aliquam deponunt. Cæterum si vnus solum deponat, agetur vulgari actione depositi, quia tunc non est sequestrarium, sed vulgare & simplex depositum. *l. si apud 18. ff. de præscript. verb. Pacius ad l. 5. C. depositi.*

Sed cum hac sententia pugnat *d. l. si quis. 9. §. Labeo. ff. de dolo.* vbi traditur ex sequestratione competere actionem præscriptis verbis, contra sequestrem. Resp. Tunc demum competit actio depositi sequestraria, cum sequestrum perfectum & impletum est, hoc est, cum lis finem accepit per sententiam, vel conditio sub quâ sequestratio facta est, adimpleta est. Actio enim sequestraria victori tantum datur, vel ei, qui conditionem sub quâ sequestra-

questratio facta est, adimpleuit *d.l.* 5. §.1. *ff. depos.* At vbi per alterum litigatorum stat, quo minus lis finem accipiat, tunc quia conditio sequestri nondum impleta est, competit præscriptis verbis actio contra sequestrem. *d.* §. *Labeo.*

Secundò obstat *l. si gratuitam* 17. §. *vlt. ff. de præscript. verb.* vbi agitur actione præscriptis verbis contra sequestrem, qui annulos depositos victori non reddit, etiam conditione depositionis impletâ. Resp. Ibi non est propriè sequestrum contractum, quia vna res duntaxat, eaque litigiosa apud sequestrum deponitur. At ibi duo sponsione certantes singuli annulos eâ lege deposuerunt, vt victor pro præmio victi annulum auferret: quo casu non est propriè sequestrum contractum, quia in sequestro vna tantum res eaque litigiosa deponitur. At ibi nulla de annulo lis mota erat, neq: vna tantum res deposita erat, sed duo sponsione certantes, eâ lege singuli annulos deposuerunt, vt victor pro præmio victi annulum auferret. Quo casu quia non est propriè sequestrum, tutius est præscriptis verbis experiri *l. si apud* 18. *ff. de præscr. verb.* Eleganter *Forner. ad l. sequester* 110. *de V. S.* Porrò illud obiter notandum ex *d. l. si gratuitam* §. *vlt. ff. de præscr. verb.* Quod quoties duo certant vel sponsionem faciunt pignore aliquo deposito, sub istâ conditione, vt qui victor futurus erit, certam rem ab aliquo lucretur, ex hoc contractu sponsionis vulgò dicto *ein vvedtspiell*, competere actionem præscriptis verbis, dummodò causa sponsionis sit licita & honesta.

ASSERTIO LXV.

Deportatus siue excommunicatus mandatum contrahere non potest.

DEPORTATI & banniti, quia ciuiliter pro mortuis habentur, ideò mandare non possunt. Quæ sententia etiam ex eo fundatur & stabilitur, quia deportati post sententiam proscriptionis nihil proprium habere possunt, sed omnia quæcunque acquirunt, ea ipsa fisco acquirunt *l.2. C. de bon. proscript.* Ergo nihil habent, de quo contrahere possint.

Sed grauiter obstat huic sententiæ *l. si mandauero* 22. §. *is cujus. ff. mandati.* vbi decidit IC. quod is cuius bona publicata sunt, mandare alteri potest, vt ea sibi emat, & subjungit hanc rationem IC. quia publicatis bonis quicquid postea acquirit, non sequitur fiscum, quæ lex omnino pugnat cum *d. l.* 2. *C. de bon. proscript.* quæ statuit deportatorum bona etiam post sententiam acquisita, ad fiscum pertinere. Resp. Ex sententia Cujacii, quod in *d.* §. *is cujus. ff. manda.* agatur de eo, cujus bona publicata sunt, sine maxima vel media capitis diminutione, vt puta de relegato, non de deportato.

Deportatum sequitur omnium bonorum publicatio, nihilque sibi acquirere potest, post deportationem quoque, quia omnia fisco acquirit. Aliud dicendum est in relegato, qui non patitur maximam vel mediam capitis diminutionem, vnde & relegatus post relegationem bona sibi acquirere potest, & per consequens alteri mandare potest, vt sibi quid emat, vel ex alio contractu acquirat. Ita conciliant *d. l. 2. C. de bon. proscript.* cum *d. l. si mandauero. §. is cujus 13. ff. mandati. Cujac. ad l. 8. ff. Qui testam. fac. poss. & ad tit. C. de bo. proscrip. in paratit l. & lib. 6. Obser. c. 22.* & nouissimè *Fachin. lib. 9. contro. jur. cap. 51.* vbi latè & eleganter hanc controuersiam pertractat. His adde *Tobiam Nonium in princ. tit. Inst. de testa. ordin. nu. 9. Gothofr. ad d. l. 22. §. is cujus.*

Secundo obiicitur tale argumentum. Deportati retinent ea quæ sunt juris gentium, licet amittant ea quæ sunt juris ciuilis. *l. sunt quidam 17. ff. de pœn.* Sed mandatum est iuris gentium, sicut & alii ferè contractus omnes *l. ex hoc jure. ff. de just. & jure.* Ergo deportatus mandatum contrahere potest. Resp. Etsi contractus mandati sit iuris gentium, tamen quia actiones ex contractibus descendentes sunt iuris ciuilis, ideò frustra deportati & exules mandant aliis negotia gerenda, quia ipsi in iudicio agere vel conuenire alios non possunt, cum in ciuitate esse non possint. Eatenus tamen videntur mandatum contrahere posse deportati, quod actionem ex mandato quæsitam aliis cedere & vendere possunt. Idem enim obtinet in excommunicatis, qui quanquam non agant, tamen actiones suas aliis cedere possunt, & cessionario rectè actio accommodabitur. *c. intelleximus ex. de judic. Glo. sing. in c. 1. §. 1. de jure patro. lib. 6. Costal. ad d. l. 22. §. is cuius. ff. mandati.*

ASSERTIO LXVI.

Mandatarius vltra id, quod mandati fines excedens, vtiliter gessit, habet actionem negotiorum gestorum.

MANDATARIVS diligenter & præcisè mandati fines obseruare debet *l. cum mandati 12. C. Manda. l. si procurator 10. C. de procur.* Quod adeò verum est, vt quamuis procurator recedendo à forma mandati, fecerit domini conditionem meliorem, nec dum tamen ei competat actio mandati. Hinc si quis mandauit procuratori suo, vt sibi domum Sejanam emeret centum aureis, isque Titianam, quæ longè maioris est pretii emerit eodem pretio vel viliori, tamen non censetur mandatum implesse, ideóque nec mandati actionem

actionem habebit *l. diligenter 5. ff. Manda.* Sed illud controuertitur ab interpretibus, an si mandatarius excedens fines mandati, vtiliter gessit negotia domini, licet non possit agere contraria actione mandati, an tamen negotiorum gestorum actione experiri possit contra dominum. Vt puta si dominus mandauit procuratori suo, vt sibi emeret domum centum aureis, isque pluris emit, cum tanti valuerit, habebitne pro superfluo actionem negotiorum gestorum? Et dicendum est, verius esse & probabilius, competere procuratori actionem negotiorum gestorum, eò quod vtiliter saltem gessit negotia domini absque mandato. per *l. 2. & l. quæ vtiliter 45. ff. de negot. gest.*

Verum huic decisioni grauiter obstat *l. liberto 31. §. libertos. ff. de neg. gest.* vbi dicitur, quod jussus impendere certam summam in extruendum monumentum, si plus impendit, non repetit negotiorum gestorum actione: Item obstat *l. si creditor 36. §. 1. ff. de peculio.* vbi traditur, si seruus plus impendit in rem emendam, quam jussit dominus, id quod plus impendit, dominus vindicat, & repetit à venditore. Denique aduersatur *l. vlt. C. de neg. gest.* vbi sancitur, quod si quis nolente & prohibente domino negotia ejus gessèrit & pecunias aliquas impenderit in ejus negotia, nullam eum habere contra dominum negotiorum gestorum actionem. Resp. Hæc discrepantia legum tali distinctione concilianda est. Aut dominus specialiter prohibuit, ne ejus negotia gereret, vel ne domum pluris quam præscripsit, emeret, & hoc casu negotiorum gestorum actio gestori non competit, quamuis rem domini benè gesserit. Hoc Iustinianus vna ex 50. decisionibus in *l. vlt. C. de N G.* secutus Pomponii & Iulii Pauli sententiam, in *l. si pro te 40. ff. Mandati.* definiuit. Aut dominus specialiter non prohibuit ne ejus negotia administraret, vel ne domum verbi gratia pluris quam mandauit, pro eo emeret, vel venderet, & negotium ejus vtiliter gestum est, hoc casu verius est actionem negotiorum gestorum competere *d. l. 2. l. Pomponius 9.* in verb. quemadmodum quod vtiliter gestum est, necesse est à judice pro rato haberi, & *l. quæ vtiliter 45. ff. de negot. gest.* Si verò inutiliter gessit negotia, hoc casu non repetit gestor, id quod impendit. *d. l. liberto 31. § libertos. ff. de neg. gest.* Quæ opinio summa æquitate nititur, ne dominus locupletur cum injuria & damno gestoris. Ita decidunt *Castrens. in d. l. vlt. Faber Baro & Minf. ad §. qui exequitur. instit. Mand.* Postremo objicitur *l. 3. §. in bello. ff. de re milit.* vbi dicitur quod qui mandatum ducis non secutus, rem in bello etiam fœliciter gessit capite punitur. Resp. Hoc procedit in iure belli, quod publicum est, & in quo ob periculum Reipub. ipsius dux punitur, etiamsi vtiliter præter jussum Imperatoris & fæliciter pugnauerit. Namque & alias in publicis plerumque à priuatis diuerso jure vtimur. Sic Manlius Torquatus filium è medio sustulit, quod cum hoste contra præceptum suum dimicasset, hostemque

ſuperaſſet, ſatius eſſe iudicans patrem forti filio, quam patriam militari diſciplina carere. *Val. Max. lib. 2. c. 2.* de diſcipina militari. Sic etiam Poſthumius dictator A. Poſthumnum filium, quia non ſuo iuſſu, ſed ſua ſponte egreſſus hoſtes fuderat, victorem feriri ſecuri iuſſit, vt ſcribunt *Liuius lib. 1. Gell. lib. 17. noct. Attic. c. vlt. Val. Maxim. lib. 2. c. 7.*

ASSERTIO LXVII.

In vendentis vel ementis arbitrium collatâ emendi conditione, venditio nulla eſt.

HÆc aſſertio comprobatur per *l. in vendentis 13. C. de contr. empt.* vbi traditur, quod venditio in alterutrius contrahentium voluntatem collata non valet, quodque neuter ad hujus contractus implementum cogi poteſt. Hinc venditio hoc modo contracta, vendo tibi hanc rem, pro pretio quo volueris, vel quanti æſtimaueris, quanti æquum putaueris, inutilis & nulla eſt *l. quod ſæpe 35. §. 1. ff. de cont. empt.* Similiter ſi conueni cum Titio, vt fundus meus ſit ei emptus 100. aureis, ſi placuerit ipſi eum tanti emere, & ſi poſtea me pæniteat, Titius autem dicit, ſe pro illis centum emptum habere velle, quæritur an poſſim compelli, vt vendam ei pro pretio conuento. Et dicendum, quod nulla & inutilis ſit talis venditio. Ratio eſt, quia ſubſtantialis pars contractus non poteſt in voluntatem vel arbitrium alterutrius contrahentium conferri. Nam cum obligatio ſit juris vinculum, quo neceſſitate aſtringimur alicujus rei ſoluendæ, inutilis eſt contractus, imperfectáque obligatio, quæ nullâ neceſſitate aſtringit contrahentes. *l. ſub hac 8. ff. de obligat. & act. l. ſtipulatio 17. ff. de V. O.*

Opponitur *§. penult. Inſt. de empt. & vendit.* vbi dicitur, quod valet hæc venditio. Vendo tibi Stichum pro aureis tot, ſi tibi Stichus infra menſem placuerit, cum tamen illa emptio conferatur in arbitrium emptoris. Atqui venditor illi venditioni ſtare cogitur, emptore intra condictum ſpacium conſenſum declarante. Reſp. Ideò valet iſta emptio, quia non purè & abſolutè confertur pretium in arbitrium emptoris ſeu debitoris, ſed ad tempus, & ſub conditione, ſi videlicet emptor intra certum tempus conſenſum ſuum declarauerit. Ideóque propter adjectionem temporis valida eſt emptio, quia non habet perpetuam cauſam nullitatis.

Secundò obſtat *l. vlt. C. de contr. empt.* vbi valet venditio, ſi quantitas pretii conferatur in arbitrium tertii: ergò & videtur poni poſſe pretium in arbitrium contrahentium. Reſp. Diuerſa hæc ſunt, quia in perſonam tertii, ſeu ex-

ſa extranei ideò poteſt collocari æſtimatio ſeu definitio pretii, quia veriſi-bile eſt tertium, æquum ſeu moderatum pretium ſtatuturum, ſed non eſt probabile alterutrum contrahentium pretium æquum, ſed potius ſibi maximè commodum arbitraturum.

Tertio objicitur *l. in perſonam 22. §. generaliter. de R. I.* vbi dicitur, quod in omnibus bonæ fidei judiciis, vbi quid confertur in arbitrium domini, hoc est contrahentis, pro boni viri arbitrio id accipiendum erit. Ergò pretio collato in arbitrium contrahentis, illud pretium ſtatuit debet, quod bonus vir arbitrabitur. Reſp. Illa regula intelligenda eſt, quoties adminicula contractus conferuntur in arbitrium alterius ex contrahentibus. Accidentalia namque venditionis poſſunt conferri in arbitrium contrahentium, & tunc recurritur ad arbitrium viri boni, ſiue quis nullo modo arbitretur, ſiue arbitretur, ſed iniquè; Vnde valet hæc venditio, vendo tibi ſeruum, ſi rationes arbitrio meo ſiue domini reddiderit, quæ conditio vtiliter emptioni adjicitur, & pro eo habetur, ac ſi viri boni arbitrium in emptione comprehenſum eſt. *l. hæc venditio 7. ff. de cont. empt.* Similiter in ſocietate conſtitutio partium lucri & damni, in locatione operis approbatio, poſſunt in arbitrium contrahentium, tanquam viri boni conferri *l. ſi in lege 24. ff. loca. l. ſocietatem 6 & 76. ff. pro ſocio.* nam & ſine iis poteſt contrahi locatio & ſocietas. Verum ſubſtantialia contractus, vt pretium in emptione merces in locatione, non poſſunt in arbitrium contrahentium conferri.

ASSERTIO LXVIII.

Ius retractus neque in re à judice creditori adjudicatâ, neque in re donatâ locum habet.

IVs protomiſeos ſeu retractus, eſt jus quo proximiores conſanguinei, conſortes vel vicini rem immobilem venditam eo pretio oblato, quo res vendita eſt, intra annum & diem retrahere & ad ſe reuocare poſſunt. Hoc jus retractus lege Cæſarea reprobatum eſt, per *l. dudum. C. de cont. empt.* ſed conſtitutione Imperatoris Friderici denuò reſtitutum. *tit. per quos ſi. inueſt. lib. 2. feud. tit. 3. & c. 1. §. ſi Titius. Si de feud. def. ſit contr. int. dom. & agna. lib. 2. feud. tit. 26.* vbi ſtatuitur, quod proximi agnati poſſint feudum à vaſallo venditum, reſciſſa venditione, eodem pretio redimere, & ad ſe reuocare. Moribus etiam paſſim hoc jus in nonnullis Belgii prouinciis, puta Hollandia & Friſia, item in Gallia vſu iterum receptum & approbatum eſt; quæ conſuetudo optima nititur ratione, vt res majorum maneant in noſtra familia. Triſte enim & lugubre eſt, videre paternas domos & antiqua majorum

majorum prædia in extraneas manus deuenire. *l. lex quæ tutores. 22. C. de administ. tuto. l. si in emptione 35. ff. de minoribus.* Eáque consuetudo est & jure Canonico confimata. *c. constitutus. ex. de restit. in int.* sed & jure diuino corroborata est. Nam *Leuit. 25.* dixit Dominus. Si attenuatus frater tuus vendiderit possessiunculam suam, & voluerit propinquus ejus, potest redimere quod ille vendiderit. Concor. *Ruth. 4. Item Ierem. c. 32.*

Quæsitum autem est inter DD. An jus retractus habeat locum, si res non vendita sit, sed creditori dati in solutum, an tunc à proximioribus retrahi possit? Et in hac dubia quæstione hæc distinctio tanquam verior tenenda est. Aut datio in solutum fit sponte à partibus seu contrahentibus, vt in *l. pretii C. de rescind. vendit. l. eum à quo. C. de solut.* & cum hæc venditionis vicem obtineat, *l. eleganter 24. ff. de pign. act. l. si prædium 4. C. de euict.* ideò in ea perinde atque in venditione jus retractus locum habet. Aut datio in solutum fit à judice, vt cum ex rebus debitoris vna creditori adjudicatur pro quantitate debita, *l. à D. Pio. §. si pignora. ff. de re judic. l. vlt. C. de ju. dom. imp.* & tunc jus retractus locum non habet. Ita post *Specul. Alex. & Iason.* decidit *Coras. lib. 3. Miscel. c. 3. num. 2. And. Tiraquell. de retraict lignagier. §. 1. Glos. 14. num. 8.* Pro hac sententia facit, quod generaliter in jure traditur, quod quoties alienatio in legibus prohibetur, hoc de voluntaria alienatione, non verò eâ quæ ex necessitate fit, est accipiendum *l. Diuus. ff. de pet. hæred. l. alienationes 12. ff. Fam. ercisc. l. 1. ff. de fund. dot. l. 2. C. eo. l. peto. §. prædium, ff. de legat. 2.*

Duo argumenta obstant huic sententiæ. Primò obiicitur, quod hæc consuetudo, quæ introduxit jus retractus, est odiosa, quia tendit ad rescindendum contractum, quem tamen partium consensu absolutum, ne quidem Principis rescripto extingui oportet: *l. 3. C. de resc. vend.* vnde à venditione, quæ est actus voluntarius, ad dationem in solutum, actum scilicet necessarium, non est facienda extensio. *l. rem legatam. ff. de adim. lega.* Resp. Hæc consuetudo non tendit ad rescissionem contractus, quinimò contractum approbat, idcóque & pretium conuentum soluit.

Secundò obiicitur, quod datio in solutum venditionis vicem obtineat, & quod ille qui rem in solutum accipit, emptori similis sit. tex. in *l. si prædium. C. de euict. l. vlt. ff. Ex quib. caus. in pos.* Huc etiam consuetudinis ratio nos impellit, quippe perinde contra ejus mentem fit, si extraneo detur in solutum, atque si vendatur prædium. Illius ergò consuetudinis sensus spectandus est. Resp. Datio in solutum quæ fit auctoritate judicis, est necessaria, atqui allegatæ leges in contrarium de voluntariâ datione in solutum loquuntur.

Quæsitum est illud, An si res non vendita, sed donata sit, jus protomiseos in dona-

n donatione locum habeat. Eſt ſtatuendum tanquam verius & probabilius ontra *Coraſ. d. loco*, quod in re donatá non ſit locus juri retractus. Idque robatur, ducto argumento à ſimili ex contractu emphyteutico. Nam emhyteuta non poteſt fundum emphyteuticum vendere irrequiſito domino, oteſt tamen eundem donare inuito domino directo *l. 1. C. de fund. patrim. b. 11. l. vlt. C. de ju. emph. l. vlt. C. de præd. decur. lib. 10.*

Opponitur quod eadem ſit ratio in donatione, quæ in venditione, ne ſcicet res exeat è familia. *c. 1. §. donare. Qualiter olim feud. pot. alien.* Ergò & rædium donatum proximus cognatus retrahere poteſt. Rep. Diuerſa ratio t in venditione & donatione, quia ideò permittitur jus retrahendi rem enditam proximiori agnato, quod non intereſt venditoris, à quo habeat retium, ſed intereſt donatoris, potius amico donare propter bene merita, uam conſanguineo. Sic & emphyteuta qui vendere non poteſt fundum mphyteuticum irrequiſito domino, eundem tamen donare poteſt. *d. l. 1. C. fund. patrim. lib. 11.*

ASSERTIO LXIX.

Ex pacto de retrouendendo oritur tantum perſonalis, non realis actio.

PACTVM de retrouendendo interpoſitum inter venditorem & emtorem, vt quandocunque venditor vel ejus hæredes offerant rei venditæ pretium, emtor reſtituat ei rem venditam, perſonale eſt, & rem ipſam on afficit. Vnde ſi ab emtore rurſus ſit vendita, prior venditor à ſecundo nptore rem non vendicat, ſed datur ei tantum perſonalis actio ex vendito, luerſus primum emtorem in id quod intereſt. Hæc eſt communis & recpta DD. opinio. teſte *Gail. lib. 2. obſ. c. 16.* vbi notat ſecundum hanc opionem in Camera imperii eſſe judicatum. *Minſ. cent. 6. obſ. 69. VVeſenbec. nſ. 39.* Datur itaque ex tali pacto de retrouendendo non realis, ſed perſona- actio ex emto, vel præſcriptis verbis. tex. eſt expreſſus *in l. 2. C. de pact. t. empt. l. rebus C. de rer. permut. l. ſi ſterilis §. ſi tibi. ff. de act. empt.* Atqui rſonalis actio non datur contra ſingularem ſucceſſorem, *l. vlt. §. vlt. ff. de nt. emp. l. 1. §. ſi hæres. ff. Ad SC. Trebell. in verb.* neque enim æris alieni rſonalis actio fundum ſequitur. Nullum jus reale ex tali pacto producitur, d tantum perſonalis actio oritur. Ergò primus venditor contra primum ntorem vel ejus hæredes aget actione ex vendito, ad id quod intereſt, non rò contra tertium poſſeſſorem & ſingularem ſucceſſorem agere poterit rei ndicatione ad fundum repetendum. Ratio eſt, quia pactum de non alieundo contractui appoſitum, non impedit alienationem, quoad tranſlatio-

nem dominij. *l. nemo paciſcendo. ff. de pact.* ſed tantum eatenus impeditur alienatio, vt committatur obligatio ad intereſſe, vel ad pœnam, ſi pœna ſit adjecta contractui. tex. eſt expreſſus in *l. ſi ita quis, §. ea lege. ff. de verb. obligat. l. vlt. C. de reb. alie. non alien.*

Sed pro contraria opinione, quod ſcilicet pactum de retrouendendo afficiat rem ipſam, & ex eo detur actio realis, ſeu vtilis rei vendicatio, adferuntur, *l. ſi cum venderet, 13. ff. de pig. act. & l. voluntate 10. §. vlt. ff. Quib. mod. pig. ſolu.* vbi traditur, quod ſi in venditione pignoris pactum interpoſitum ſit inter creditorem & emtorem, vt ſi debitor pecuniam pretii emtori ſolueret, liceret ei recipere rem ſuam: ex hoc pacto datur debitori actio in rem, ad vendicandum rem ſuam. Ideoque ex pacto de retrouendendo competit primo venditori contra ſingularem ſucceſſorem vtilis actio rei vendicationis: Duplex ſolutio adfertur à DD. ad hoc argumentum. Primò reſpondetur, quod primum IC. reſponſum, quo ſtatuit debitori dari rei vendicationem, mox corrigitur per ſequentia verba, dum ſubjungit IC. aut in factum actione contra emptorem agere poterit, ideoque ſolum actione in factum vel præſcriptis verbis aget. Ita reſpondent *Accurſ. & Bart. in d. l. ſi cum venderet.* Secundò reſpondetur ſub diſtinctione. Aut pactum de retrouendendo conceptum eſt verbis directis, hoc modo, vt ſi venditor pretium ſoluerit emtori, liceret ei recipere rem ſuam, quæ verba directa ſunt. *l. Titia cum teſtamento 34. §. vlt. de legat. 2.* Quibus verbis in objectis legibus vſus eſt venditor, & tunc dominium ex pacto retrouendendi ad venditorem reuertitur, poteritque rem vendicare à tertio poſſeſſore. Aut verbis obliquis pactum de retrouendendo eſt interpoſitum, vt puta ſi emptor reuendere aut reſtituere promiſit, vt loquitur *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* & tunc dominium non reuertitur ſtatim ad venditorem, ita vt rem venditam vendicare poſſit, ſed competit illi tantum perſonalis actio ex vendito, vel præſcriptis verbis contra primum emtorem, ad fundum reſtituendum vel ad intereſſe. Ita reſpondet *Fachin. lib. 2. contro. c. 15.* adde *Boër. deciſ. 182. num. 17. 18. & 19.*

Secundò opponitur hoc argumentum. Ex pacto addictionis in diem & legis commiſſoriæ, dominium rei venditæ ad venditorem reuertitur, & rei vendicatio ei competit. *l. commiſſoriæ. C. de pact. int. emt. & vend.* Ergò idem ſtatuendum videtur in pacto de retrouendendo. Reſp. In iſtis pactis non nouum dominium venditori acquiritur, ſed vetus, quod ante habuerat dominus, retinere fingitur: quia ea lege & conditione res erat tradita ab initio, vt ſtatim rediret ad dominum conditione commiſſa. Approbat hanc deciſionem *Anto Faber de error. pragmat. decade 22. erro. vlt* Diſſentit *Couarru. lib. 3. variar. reſolut. c. 8. nu 3.* vbi tradit, quod venditor ratione pacti de retrouendo poſſit agere contra tertium poſſeſſorem, etiamſi is non ſit emtoris heres.

ASSER-

ASSERTIO LXX.

Venditor læsus vltra dimidiam justi pretii, actione ex vendito rescindit venditionem, daturq; hoc beneficium l. 2. C. de resc. vend. etiam emtori, contra CVIATIVM.

SI venditor vltra dimidium justi pretij in venditione læsus sit, competit ei remedium. *l. 2. C. de rescind. vend.* quo consequitur, vt rescindatur venditio, vel vt ab emtore id quod justo pretio deest, suppleatur. Sed quæritur, an hoc petat venditor actione ex vendito, an verò officio judicis, petita restitutione in integrum. Vtrum dicatur multum interest, cum actio in personam ex vendito duret annis 30. *l. 2. C. de const. pec.* sed restitutio in integrum intra quadriennium solum competat. *l. vlt. C. de temp. in int. restit.* Et verior est sententia non competere hic restitutionem in integrum ad rescindendam venditionem, sed esse ciuilem actionem ex vendito, eoque perpetuam. Quod non habeat hoc casu locum restitutio in integrum, hoc argumento comprobatur. Majores 25. annis, qui neque dolo circumuenti, neque metu coacti sunt, vt venderent, non restituuntur in integrum, nisi ex eâ edicti parte, quæ est de iis causis, ex quibus causis majores restituuntur. Atqui eo edicto nemo restituitur, qui læsus est suo facto, sed qui solum absentiâ necessariâ vel probabili læsus est. *l. sed etsi 26. l. nec non. 28. ff. Ex qui. cau. majo.* Itaq; venditor in hoc casu in integrum restitui non potest, cum neque dolo sit circumuentus, neque vi metuve coactus, sed si læsus est, non aduersarii sed suo facto læsus est, nullaque absentia necessaria vel probabili. Quod autem competat actio ex vendito ad hanc rescissionem comprobandam, hoc argumento comprobatur. Quod ea quæ sunt mortis & consuetudinis, venditor emtori, aut emtor venditori præstare debet, eaque veniunt in actionem ex vendito & emto. *l. quod si nolit, §. quia assidua. ff. de ædilit. edict.* Ideóque multo magis quæ certo jure sunt præstanda, qualis est hæc rescissio immoderatæ læsionis in pretio venditionis, præstanda sunt actione ex vendito. Dissentit Cujatius, qui statuit, si venditor læsus sit vltra dimidium justi pretij, tunc hanc venditionem rescindi officio judicis, idque argumento. *l. in contract. C. Ex qu. cau. majo. in int. rest.* vbi dicitur, quod majoribus læsis in contractib. bonæ fidei officio judicis causa cognita succurritur. Itaq, hæc rescissio venditionis propter lęsionem vltra dimidiam justi pretij petenda est intra quadriennium: quemadmodum omnes restitutiones quę conceduntur majoribus propter læsionem in cótractibus, peti debent officio prætoris intra quadriennium.

nium. per *l. vlt. C. de temp. in int. restit. l. quod si minor 24. §. vlt. ff. de minor.* Ita eruditè tradit *Cujatius* subtilissimus Iuris interpres in *tract. de diuers. temp. præscript. cap. 23.* vbi refert ita in foro servari.

Objicitur huic decisioni primò, quod actio ex vendito hic competere non potest, quia de eâ rescissione in contrahendâ emtione nihil conuenit. Deinde absurdum est actionem ex vendito dari ad rescindendam venditionem, quæ comparata est ad confirmandam venditionem. Resp. Aliquando actio ex vendito competit etiam ad rescindendam venditionem. Quod fit primò, si fundus nominatim hac lege venditus est, vt sub aliquâ conditione fiat inemtus, *l. sed Celsus 6. §. 1. ff. de contr. empt.* Secundò datur actio ex vendito ad rescissionem venditionis, quando ex jure certo licet venditori rescindere venditionem, licet nihil de hoc nominatim conuenit, vt fit in hoc casu, cum venditor vltra dimidium justi pretii est circumscriptus. Quod probatur exemplo redhibitionis. Si enim venditum sit animal morbosum, permittitur emtori animal redhibere, & emtionem rescindere redditâ re vitiosâ venditori, & pretio emtori restituto *l. facta 60. ff. de ædil. edict.* petiturque hæc rescissio actione ex empto. *l. ex emto. §. redhibitionem ff. de act. empt.*

Secundo in contrarium adducitur exemplum venditionis per metum contractæ. Si enim quis metu coactus rem suam vendidit, non competit ei actio ex vendito ad rescindendam venditionem, sed extraordinarium auxilium restitutionis in integrum, per actionem quod metus causa, quæ tantum intra annum competit *l. 4. C. de his quæ vi metusve caus.* Itaque non est perpetuum, vbi quid venditori ab emtore restituendum est, competere in eam rem actionem ex vendito. Resp. Tum demum competit actio ex vendito ad rescindendam venditionem, quando emtor aliquid accepit ex causâ emtionis, quod restituere debet, vt fit in proposito casu. At non idem accidit in venditione per metum contracta, nam hæc jure irrita habetur *l. 1. ff. Quod met. caus.* Non potest autem actio ex vendito competere, vbi venditio non constitit, si modo eam venditor stare nolit.

Posterior sententia, quod remedium *l. 2. C. de rescind. vend.* competat etiam emtori, quando duplo pluris emit rem, quam valet, est ab omnibus interpretibus recepta, teste *Donello ad l. 2. num. 17. C. de rescind. vend. Pinel. ad d. l. 2. part. 1. cap. 2. num. 1.* Eaque probatur hoc certissimo argumento. Quodcunque in vno correlatiuorum statutum est, statui quoque debet in altero, quando vna & eadem est ratio in vtroque correlatiuorum *l. vlt. C. de ind. vid. toll.* Atqui hic eadem est ratio emptoris & venditoris, vt scilicet in contractu venditionis inter vtrumque seruetur æqualitas, & immoderata circumscriptio ab hoc contractu remoueatur. Ideoq; & beneficium *l. 2.* competet emptori, si duplo pluris quam res valet, eam emit. Ab hac communi & receptâ

à recepta sententia discessit solus *Cujacius lib. obs. 16. c. 18. & lib. 23. obser. c. 32.* qui asserit hoc beneficium *l. 2. C. de resc. vend.* non competere emtori; Quam suam nouam opinionem comprobat hoc argumento quod diuersa sit ratio venditoris & emtoris. Nam venditor plerumque necessitate rei familiaris impulsus, compellitur res suas vendere pretio minori: *l. non idcirco 12. C. de resc. vend. l. si quos 16. C. eod. in verb.* si quos necessitas publicæ rationis adstringat proprias distrahere facultates. *l. 1. C. de præd. decur. sine decr. non alien.* emtor verò vt plurimum vltrò accedit ad emtionem, idque sui lucri gratia, & sæpè fraudandi venditoris causa. Deinde emtor plerumque emit pretio immenso & immodico, commotus affectione oportunitatis, vel vicinitatis, vel quod in eo prædio educatus sit, vel quod prædium majorum suorum fuit. *l. 1. §. sed si rem 10. ff. Si quis in fraud. patro. l. si emtionem 35. ff. de mino. 25. annis.* Resp. Hoc non est perpetuum, vt venditor necessitatis causa res suas vendat, sed facit hoc plerumque propter vtilitatem, & lucri sui gratia. Præterea emtor sæpè emit sibi vtilia & necessaria bona fide, non animo injustè lucrandi, neque fraudandi. Ideóque sicut humanum est subuenire venditori vltra dimidiam justi pretii decepto, ita quoque emtori subueniendum est. Ita communi DD. sententia receptum esse tradit *Fachin. lib. 2. cont. c. 16.*

ASSERTIO LXXI.

Casus fortuitus in re locatâ contingens, pertinet ad locatorem, non ad conductorem.

CONFIRMATVR hæc decisio primò hac generali regula, quod casus fortuiti, qui nullo humano consilio præuideri possunt, nullo bonæ fidei judicio præstantur, quæ tradita extat in *l. quæ fortuitis. C. de pig. act. l. 1. C. de pos. l. contractus ff. de R. I.* Deinde specialiter hæc decisio in contractu locationis multis legibus comprobatur, quod videlicet vis major, quam Græci θεῶν βίαν appellant, non debet conductori esse damnosa, *l. si merces 25. §. vis major ff. locat.* Hinc Seruius respondit, omnem vim cui resisti non potest, dominum colono præstare debere, *l. ex conducto 15. §. 1. ff. eo.* Ideóque si cœli vel tempestatis vitio, solis feruore non adsueto, hostium incursibus, incendiis repentinis, vel terræmotu, alióque simili casu fatali, insignis quædam calamitas vel sterilitas fructuum contigerit, remissio mercedis à locatore seu domino prædii colono fieri debet. *l. ex conducto §. Papinianus ff. locat. l. licet. 8. & l. excepto. 18. C. eodem.*

Sed refragatur huic assertioni *l. 1. C. de locat. & cond.* vbi traditur quod

 dominus

dominus vel locator horreorum non tenetur conductori præstare effracturam latronum, si quid ab iis ex rebus depositis in horreis expilatum vel subreptum est. Resp. Locator horreorum non tenetur effractis vel compilatis horreis præstare damnum, nisi nominatim custodiam repromisit, quo casu damnum effracturæ præstare debet, quia diligentissima custodia damnum effracturę præcauere potuit. *l. dominus 55. ff. locat.* Furtum & effractura non sunt casus fortuiti, sed subinde culpæ leuissimæ adnumeratur, quia negligentia custodientis committuntur, *l. cum duobus §. damna ff. pro socio. l. eum qui 14. §. idem scribit. ff. de furt.* Ideoque damnum furto illatum locatori imputabitur, ad quem spectat custodia. *Sichard. ad d. l. 1. num. 4. C. loc.*

Secundò repugnat huic enunciato *l. damnum 12. C. loca.* vbi statuitur, quod damnum illatum per aggressuram latronum in rebus propriis conductoris, pertinet ad conductorem, non ad locatorem. Resp. sub distinctione. Aut damnum contingit casu fortuito, vel vi majori in ipsa re locatâ vel fructibus rei locatæ, puta si fructus incursu hostili auferantur, hoc damnum pertinet ad locatorem, & non ad colonum seu conductorem, cum ei propter tale damnum remittatur pensio locationis. *l. ex conducto 15. §. si vis tempestatis ff. locat.* Aut damnum datur in rebus propriis coloni existentibus in re locatâ, seu possessionibus locatis, & tale damnum pertinet ad ipsum colonum, neque hoc nomine tenetur locator *d. l. domum.* vbi ita decidunt *Bart. Bald. & Salycet.*

ASSERTIO LXXII.

Contractus locationis & conductionis, transit ad hæredes tam locatoris, quam conductoris.

CONTRACTVS locationis, siue perpetuus sit, siue temporarius, transit etiam ad hæredes conductoris, conductore intra tempora conductionis mortuo. *l. viam veritatis 10. C. locat. l. si in lege 24. §. vlt. ff. eodem. §. vlt. Inst. de loca. & cond.* Exempli gratiâ, si locator locauit colono fundum in quinquennium, & conductor decedat intra quinquennium, transit obligatio conductionis ad hæredem conductoris, vsque ad tempus conductionis expletum.

Sed obiicitur *l. 4. ff. locat.* vbi traditur. quod si locator locauit fundum, quoad vellet, mortem ejus qui locauit, finiatur locatio. Ergò non transit locatio ad hæredes. Resp. Ideò hoc in casu locatio morte locatoris finitur, quia facta est quod vellet locator, atqui voluntas hominis, vitæ suæ finibus, id est, morte terminatur.

Secundò grauiter obſtat *l. ſi domina* 10. *C. de vſufructu.* vbi morte ejus, qui conduxit vſumfructum, extinguitur conductio vſusfructus, nec tranſit ad hæredes conductoris, licet mortuus ſit conductor intra tempora conductionis. Reſp. Aliud obtinet in conductione vſusfructus, quam proprietatis. Conductio proprietatis tranſit ad hæredes conductoris, non verò conductio vſusfructus. Ratio diuerſitatis eſt, quia conductio vſusfructus cenſetur facta ſecundum naturam quam habet vſusfructus, prout eſt ſeruitus perſonalis. Sicut enim vſusfructus finitur morte vſufructuarii, ita & locatione vſusfructus factâ, finitur morte conductoris vſusfructus conductus, licet non ſit propriè vſusfructus conſtitutus in perſonâ cōductoris, ſed commoditas quædam vtendi fruendi, quæ ita finitur morte conductoris, ſicut vſusfructus morte fructuarii extinguitur. Ita declarat *Caſtren. d. l. ſi domina*, quæ difficilis eſt, in qua Hotomannus emendat tex. & pro iis verbis, *ei quæ locauit*, legendum vult, *ei quæ ſucceſſit*, per *l. ſi ſocrus* 18. *C. de jur. dot.*

ASSERTIO LXXIII.

Conductor ſi vnius anni penſionem non ſoluit, poteſt expelli ex domo conductâ.

SIMPLEX conductor, qui nudam habet rei detentionem *l. 2. C. de præſcript. 30. anno.* ob non ſolutam etiam vnius anni penſionem ſtatim expelli poteſt. Comprobatur hæc deciſio apertè per *l. 3. C. loca.* vbi dicitur conductorem durante locatione expelli non poſſe æde conducta, ſi domino penſionem in ſolidum ſoluit. Ergò ſumto argumento à contrario ſenſu, penſionem etiam vnius anni non ſoluit, expelli poteſt. Sermo enim ſimpliciter prolatus de primo actu intelligitur, id eſt, vnico actu perficitur, conſumitur atque finitur *l. boues* 89. *§. hoc ſermone. ff. de V. S.* Quæ concluſio adeò vera eſt, vt etiam ſi pactum in contractu locationis adjectum ſit de conductore non expellendo, tamen nihilominus expelli poſſit, ſi non ſatisfaciat penſioni, quia ſemper hæc conditio in pacto hoc adjecto locationi tacitè ſubintelligitur, ſi penſioni conductor debito tempore paruerit. *l. quæro* 54. *§. inter locatorem. ff. locat.*

Sed huic deciſioni aduerſatur *l. quæro* 54. *§. 1. ff. locat.* vbi traditur, tum demum conductorem licitè expelli poſſe de fundo conducto, ſi biennio continuo non ſoluerit penſionem. Reſp. Quod ibi dicitur de biennio continuo, non ad legis deciſionem, ſed ad facti narrationem pertinet, hoc eſt

hoc eſt quod non oporteat conductorem biennio ceſſaſſe in ſolutione mercedis, priuſquam de iure poſſit expelli, ſed quod hoc ita de facto euenerat, quod conductor integro biennio ceſſauerat ſoluere mercedem locationis *Caraſ. ad l. 2. num. 1. & 2. C. de jur. emph.* licet vulgò DD. aliter eam legem accipiant.

Secundò opponitur *l. cum domini 56. ff. locat.* vbi ſtatuitur quod ſi biennii ſpacio non ſatisfaciat conductor penſionibus, tunc poteſt dominus pro ſecuritate penſionis aperire domum conductam, & per Notarios deſcribere inuecta & illata quæ ibi reperiuntur. Reſp. Iſtic non fit poſt biennium expulſio, ſed bona abſentis & per biennium non apparentis conductoris per Notarium deſcribuntur, quod non tam citò nec temerè fieri debet, cum detegere res alienas, & ſecreta patrimonii alterius pandere durum & odioſum ſit *l. 2. verſ. quid enim tam durum eſt C. Quand. & quibus quarta pars debeatur. lib. 10. l. 2. C. de alim. pupil. præſtand.*

ASSERTIO LXXIV.

Fructuum perceptorum periculum ad colonum pertinet.

VERISSIMA eſt Bartoli deciſio tradita in *l. ex conducto. 15. §. 1. ff. loca.* periculum perceptorum fructuum ad colonum, non verò ad dominum pertinere. Ratio eſt, quia per perceptionem & ſeparationem fructuum à ſolo factam colonus fructuum dominus eſt effectus. *§. is verò ad quem Inſtit. de rer. diuiſ. l. ſi apes 26. §. 1. l. ſi ſeruus 61. §. locaui. ff. de furt.* Æquum autem eſt, vt vnuſquiſque rei ſuæ propriæ damnum & periculum agnoſcat. *l. damnum. 12. C. loca, l. pignus 8. C. de pig. act.* vbi traditur, pro regula quod quælibet res pereat ſuo domino.

Sed huic deciſioni aduerſatur *d. l. ex conducto §. 1. ff. loca.* vbi hæc habentur verba. Si qua tamen vitia ex re ipſa oriantur, hæc damno coloni eſſe: veluti ſi vinum coacuerit, ſed & ſi labes facta ſit, omnemque fructum tulerit, damnum coloni non eſſe. Reſp. Illo loco vinum adhuc pendens & vitibus cohærens ſignificatur, id eſt vua aut vindemia pendens, quæ adeò dura & cruda eſt, vt non poſſit ad maturitatem peruenire. Itaque non ſignificatur ibi vinum, quod jam à colono collectum eſt, & ex vuis expreſſum. Hoc enim vinum jam à colono factum & perceptum, ſi caſu aliquo fortuito, puta incurſu hoſtium ablatum, conſumptum aut etiam corruptum ſit, non ſuo vitio, coloni damnum & periculum eſt, adeò vt nec ob eam cauſam deductionem vllam mercedis à domino impetrare poſſit. Ita rectè tradunt *Cujat. lib. obſ. 26. c. 32. Cail. lib. 2. pract. obſeru. c. 23. nu. 13. Goſtal. ad. l. ſi merces §. vis major. ff. loca.*

ASSERTIO LXXV.

Repreſſaliæ ritè rectéque conceſſæ, omni jure ſunt permiſſæ.

REPRESSALIÆ ſiue pignorationes in jure vocantur, quando pro alterius debito, alius ejuſdem regionis vel ciuitatis ſubditus conuenitur: el quando bona pro alterius debito capiuntur, & detinentur, vt ex iis pro ieno debito ſatisfiat. Exempli gratia: ſi Hiſpanus diripuerit alicujus Belgæ ercatoris merces, poterit ſpoliatus quem primum offenderit Hiſpanum ıri jure diripere, ſeu bona ejus de facto occupare & detinere, ſi hoc à mmo magiſtratu loci ſui impetrauerit. Vocantur & repreſſaliæ in praxi s Marquæ, vel *lettres des Marques*, quia in limitibus potiſſimum exercentur preſſaliæ. *Cujat. ad l. vnic. C. vt nul. vi can. pro alien. vican. debit. teneatur.* eteres Romani hiſtorici vocabant hoc jus repreſſaliarum ſiue pignoratio-um clarigationes. *Gail. in tractat. de pignorat. cap. 2. nu. vlt. c. vnic. de injur. 6. Liuius lib. 8. hiſtor.* Repreſſalia eſt barbara vox Latinè pignoratio dici-ır, & eſt jus alium, vel alius bona pro alterius damno vel debito capiendi, & etinendi. Quod hæ repreſſaliæ jure licitæ & permiſſæ ſint, probatur aucto-tate juris ciuilis & Canonici. Et quidem jure Canonico permittuntur ex ntentia Auguſtini relata in *c. dominus 23. quæſt. 2.* vbi ſtatuitur quod juſta ella ſolent definiri, quæ vlciſcuntur injurias, ſi gens vel ciuitas plectenda t, quæ vindicare neglexerit, quod à ſuis improbè factum eſt. Si ergò bella ontra eam gentem geri poſſunt, quæ juſtitiam facere negligit, conſequen-r ſubditi illius domini, qui juſtitiam facere neglexit, capit & bona eorum ıferri poſſunt. Secundò jure ciuili non eſſe prohibitas repreſſalias ex eo ıanifeſtè liquet, quia ex ſpeciali priuilegio conſtitutum eſt, vt ſtudioſi & cle-ici à repreſſaliis ſint exemti. *c. 1. de injur. in 6. Auth. habita. C. ne fil. pro patre.* Cum ergò hæ perſonæ tanquam priuilegiatæ exceptæ ſint, ne patiantur re-reſſalias, ſequitur in contrarium jure communi in omnibus aliis perſonis citas eſſe repreſſalias, quia exceptio probat regulam in contrarium proce-ere in caſibus non exceptis. *l. 1. & ibi Dec. ff. de R. I.*

Opponuntur primò huic ſententiæ generales juris regulæ, quod nemo ebet alterius odio prægrauari, neque alteri per alterum iniqua conditio in-erri, *l. non debet. 74. ff. de R. I. c. non debet. 24. ex. de R. I. in 6.* Præterea uod pœna non debet egredi ſuum auctorem, & quod innocens non debet ıere pœnam nocentis. Anima enim quæ peccauit, morietur. *Ezech. 18. verſ. 4.* : vnuſquiſque pro ſuo peccato mori debet. *Deuter. 24. verſ. 16.* Vnde

& repressaliæ dicuntur ex prauâ consuetudine introductæ. Resp. Hæ pignorationes sunt licitæ eodem modo quo bellum ex justa causa indicitur, & geritur. Rectè enim *Bart. in tract. de repress.* concludit repressalias esse bellum quoddam priuatum, quod gerit creditor cum omnibus ciuibus sui debitoris. Itaque sicut contra eam gentem, quæ justitiam facere recusat; bella licitè geri possunt, ita & repressaliæ contra eundem populum, qui debitum reddere negligit, concedi possunt, ne pereat justitia. Porrò duobus demum causis concurrentibus repressaliæ de jure decerni possunt. Primò debet interuenire, auctoritas summi Principis, nec enim potest priuatus sibi suâ auctoritate jus dicere. *l. extat. ff. Quod met. caus.* Secundò tunc demum impetrari possunt repressaliæ, si superior magistratus offendentis justitiam facere recusat. Nam propter delictum magistratus justitiam facere recusantis sicut bellum, ita & repressaliæ indici possunt contra omnes ejus subditos. *Auth. si verò dominus, C. de hæret. fac. l. si alius. 7. §. bellissimè ff. quod vi aut clam*, vbi dicitur, si quis judicis copiam habere non potuit, potest in suo vi aut clam ædificatum propria auctoritate destruere.

Secundò aduersatur *Nouel. 52. Vt non si. pignorat. & Nouel. 134. de vicar. & locum tenen. §. cum verò. & Auth. omninò. C. Ne vxor pro marit. l. vnica. C. vt nul. ex vican. pro alt. vic. deb. conue. lib. 11.* In quibus locis statuitur, quod qui represalias contra aliquem exercet, in quadruplum passo reddere teneatur, præterea ab actione, qui talia attentare præsumserit, cadat. Resp. Istis in locis tantum repressaliæ prohibentur, quæ sine justa causa à legibus concessa, & debito modo non sunt intentatæ. Ita enim expresè disponitur in *Nonell. 52.* vt absque legitima causa nemo ex pignorationibus pro alieno debeat contumeliam aut damnum sustineat. Porrò vt licitè exerceantur repressaliæ, tria debent interuenire, primò quod adsit justa causa, puta quod adsit justa causa, veluti quod damnum spoliato vel injuria sit illata. *Menoch. de arbit. jud. qu. cent. 6. quæst. 527. num. 9.* Secundò requiritur quod dominus vel princeps loci, in quo illata fuit injuria, vel damnum datum, requisitus fuerit à spoliato ipso, vel damnum & injuriam passo, vt resarciat sibi damnum & injuriam illatam, isque neglexerit facere justitiam. *Bart. in tract. de repress. qu. 1. num. 4.* Tertio exigitur vt repressaliæ concedantur adhibito consensu & auctoritate principis ejus loci, cui damnum passus subjectus est. Non enim poterit damnum passus sua auctoritate repressalias exercere, neque permissum est priuato creditori, sua sponte has pignorationes facere, *§. 1. Nouel. vt non si. pignorat.* Plura qui de repressaliis cognoscere cupit, consulat *Bart. in tract. de repress. Bald. ad Auth. omninò. C. Ne vxor pro marit. Menoch. d. loco. Gail. in tract. de pignorat. c. 1. 2. & 3. Cujac. ad tit. C. Vt null. ex vica. pro alt. vic. deb. conuen. Iacobum de Canibus in tractat. de repressal. Petrum Gregorij libro 38. syntagm.*

ntagm. Iur. c. 8. & 11. Afflictum in commentar. ad constit. Neapolit. rubr. 8. de ltu pacis. Guidonem Papæ in decis. Gratianopolit. quæst. 32.

ASSERTIO LXXVI.

Bona minorum non censentur tacitè hypothecata pro pensione domus.

ICVT bona minoris 25. annorum alienari non possunt absque decreto Prætoris, & causæ cognitione, *l. lex quæ tutores 22. C. de admi. tutor. l. magis to §. 1. ff. de rebus eorum qui sub tut.* ita & pignori obligari non possunt, m & hæc alienationis species est, *l. magis puto, §. si pupillus. l. si pupillorum. 1. l. penult. §. quanquam. ff. de reb. eor. qui sub tut. d. l. lex quæ tutores.* in vers *vel pignorare.* Hinc quæritur, an bona minoris sint tacitè obligata pro nsione domus conductæ. Et verior est sententia, bona minoris non ceni tacitè obligata pro pensione domus. Ita statuunt *Gloss. & Bart. in l. 4. ff. pact.* Quod ea ratione confirmatur, quia sicut expressè bona minoris non ssunt obligari sine decreto Prætoris, ita nec tacitè obligari possunt. *d. l. lex æ tuto es. d. l. magis puto. vers. non passim.* Similiter inito contractu dotis bo hinc inde sunt tacitè obligata, *l. 1. §. 1. C. de rei vxo. act.* Sed bona minoris omittentis vel recipientis dotem non possunt tacitè obligari sine decreto dicis, *l. Titia 62. ff. de jur. dot. l. vnic. C. si aduers. dot.* Vnde pari ratione dindum est in hoc casu tacitam hypothecam non induci in bonis minoris uectis & illatis in prædium conductum vel domum conductam.

In contrarium adfertur, quod cessante ratione legis, cessat & ipsa lex, ati vt bona minoris sine decreto Prætoris obligari non possint, ea ratione tutum est, quod ignari imperitique rerum facilè decipi possunt. At hæc tio cessat in hoc casu, quandoquidem minor prædium vel domum condu ns non decipitur, cum faciat id quod diligens paterfam. faceret. Resp. icet minor XXV annis possit domum conducere, attamen ex conductione cile decipi potuit, si vel carius conducat, quam diligens paterfamilias nduxisset, vel si fortè conduxit nimis amplam domum, & suæ tenuitati on conuenientem.

Secundò refragatur huic sententiæ *l. 1. in fin. & l. 2. ff. de reb. eo. qui sub tut.* ibus probari videtur tacita hypotheca in bonis minoris sine decreto mastratus, etsi expressa prohibita sit. Resp. Illa l. loquitur, quando minor nit bona à fisco, & in obligatione expressa, quod scilicet possit minor pro etio obligare fisco rem ab eo emtam, ideoque minoris bona obligantur

 fisco,

fisco, fauore fisci. Cujus sententiæ ratio est, quod lex inducit tacitam obligationem bonorum, ejus qui cum fisco contrahit. *l.2.C. In quib.caus.pig.tac.cont.* Sed in casu nostro non est cautum bona minoris tacitè obligari pro pensione domus conductæ.

Tertiò aduersatur, quod *d.l. lex quæ tutores. C. de administ. tut. Rom.* ex duobus illis titulis *ff. de rebus eor. quæ sub.tut. & C. de præd. minor. sine decr. non àlien.* loquuntur in voluntariâ obligatione, vt in illâ requiratur judicis decretum, at diuersum obtinet in legali obligatione, & hypotheca necessariâ, quæ sine solennitatibus judicialibus expediri potest. Huc facit, quod consuetudo regionis, quæ circa bona versatur, obligat tam minores quam majores. *l. sine hærede. 32. §. Lucius, ff. de administr. tut.* Resp. Ex quo legibus sancitum est, bona minoris non obligari sine decreto judicis, licet deinde certis in casibus cautum sit, simpliciter bona censeri hypothecata, non tamen intelligitur, quod etiam bona minoris sine decreto censeantur oppignorata. Nam lex generaliter loquens non derogat his, quæ specialiter certæ personæ ratione constituta sunt. *Gloss. in Auth. de hæred. ab intest. in verb. vacantibus.* Hanc sententiam, quod bona minorum non censeantur tacitè obligata pro pensione domus, sine decreto Prætoris, & causæ cognitione, approbant *Accurs. & Bart. ad l.4. ff. de pact.* & eruditè defendit *Menoch. remed. 3. adip. poss. q.9. n.82.*

ASSERTIO LXXVII.

Pactum legis commissoriæ in pignoribus est reprobatum.

PACTVM legis commissoriæ in pignoribus à legibus repudiatur, scilicet vt debitore ad diem præstitutum non soluente, pignus maneat creditoris pro debito. Probatur hæc conclusio in *l.vlt. C. de pact. pign.* Cujus decisionis hæc est ratio, quia debitor inopia pecuniæ pressus, tam dura & inhumana pacta facilè contra se admittit, vt scilicet, si ad certum tempus debitum non soluat, pignus cedat creditori in solutum pro debito, quod pactum quia inhumanum & iniquum est, meritò non est seruandum.

Sed aduersatur *l. vlt. ff. de cont. empt.* vbi valet pactum legis commissoriæ in pignore interpositum. Resp. Valet hoc pactum si inter debitorem & fidejussorem, qui pro eo fidem suam astrinxit, interponatur, inter debitorem vero & creditorem tale pactum jure reprobatur.

Secundo repugnat *l. 1. C. de pact. pign. & l. si fundus 16. §. vlt. ff. de pign.* vbi pactum valet initium inter debitorem & creditorem, vt nisi ad conuentum tempus debitor soluat debitum creditori, tunc cedat illi res oppignorata pro

po debito. Resp. Eatenus demum valet ista pactio, vt res pro debito oppignorata cedat creditori, justa scilicet pretio æstimata, quo casu conditionalis quædam pignoris venditio contrahitur inter debitorem & creditorem. Res enim tunc æstimatur à judice, aut alio viro bono, neque debitor aut creditor læditur. Ita distinguit *Menoch. remed. 5. adip. poss. q. 8. Molin. de vsur. quæst. 52. n. 357.* Vide latius & exactius de hac disputatione *Bart. & Costal. ad l. Titius ff. de pig. act. Pacium ad l. 4. C. de pig. act.*

Tertiò opponitur *l. vlt. C. de dist. pig.* vbi statuitur valere pactum inter creditorem, & debitorem initum, vt si ex venditione pignoris plus percipiat creditor quam ei debebatur, hoc cedat lucro creditoris, quod videtur sapere naturam pacti legis commissoriæ, eo quod pignus acquiritur creditori pro debito, licet pignus valeat pluris quam debitum. Resp. Iusta est conuentio, si conuenerit, vt quod ex pignoris venditione redegerit creditor, id omne sibi proprium habeat propter incertum euentum conditionis, sicut è contrario, si vel minimum redegerit, ex venditione pignoris, eo contentus esse cogitur creditor in crediti vicem *l. à Diuo Pio. 15. §. 3. ff. de re jud.* At non ita pactum legis commissoriæ in pignoribus admittitur *tot. tit. C. de pact. pign. & de lege commiss. in pignor. rescind.* Ita notat *Cuiat. ad tit. C. de pact. pignor. in prauit.*

ASSERTIO LXXVIII.

Creditori non licet propriâ auctoritate auferre pignus.

REGVLA in jure prodita extat, quod creditor rem debitoris seu pignus ex proprio arbitrio auferre non potest, ob debiti causam, quæ proponitur in *l. penult. C. de pig. act.* Licet itaque res debitoris creditori sint pignoratæ, tamen non potest creditor eas propria auctoritate inuadere & auferre, sed tenetur vi bonorum raptorum, in quadruplum si res sint mobiles *l. 3. C. Vi bonorum raptorum.* Ratio est quia creditor non debet sibi jus dicere, sed judicis auxilium implorare *l. negantes. C. de obl. & act. l. penult. C. de conuen. fis. debito.* Adduntur in *d. l. penul. C. de pig. act.* duæ exceptiones. Prima est, nisi pacto aliud inter debitorem & creditorem conuenit, quia licet ita pacisci, vt aliquis sua auctoritate possessionem rei nanciscatur *l. penul. ff. de seru. export.* Altera exceptio est, nisi jussus præsidis seu auctoritas magistratus interueniat, vt quia missus est creditor in possessionem rei seruandæ causa, ita vt constituatur ei pignus prætorium.

Sed opponitur *l. 3. C. de pigno.* ex qua colligitur, non esse has duas, sed

vnam exceptionem; nam etsi creditor pactus sit, vt liceat sibi propriâ auctoritate in possessionem rei pignoratæ ingredi, tamen judicem adire debet, & ejus auctoritate possessionem ingredi. Resp. Verbum debet significat ibi honestatem quandam, non autem necessitatem juris, vt sensus legis sit quod creditor possit quidem ex pacto sine judice possessionem rei obligatæ ingredi, rectius tamen faciat, si adhibeat auctoritatem judicis. *Pacius ad l. penult. C. de pign. act. Gl. in d. l. 3. C. de pign.* vbi exponit verbum debent, pro possunt per *l. obseruare 4. §. vlt. ff. de off. procons.* vt sit sensus, creditores ex pacto possunt quidem propria auctoritate ingredi possessionem pignoris sed tamen ex honestate & vrbanitate adhibere debent auctoritatem præsidis, possunt tamen & suo jure id facere, si velint. per tex. sing. & notab. in *l. si pupillorum. 7. §. 1. in verb. tutius. ff. de reb. eor. qui sub. tute.*

Secundò obiicitur *l. penult. ff. In quib. cau. pig. tac. contr. & l. vtique 34. ff. de damno infect.* vbi dicitur, quod absque vllo pacto & judicis auctoritate, dominus ædium locatarum potest præcludere, & retinere res inquilini. Vnde videntur inanes esse exceptiones hic traditæ, & falsa esse prædicta regula. Resp. Distinguendum est inter ablationem & retentionem hypothecæ. Creditor enim non potest res pignoratas auferre, sed retinere eas potest, donec sibi satisfiat de debito. Nec mirum, quod retentio facilius admittatur; quam ablatio: nam etiam facilius admittitur retentio pignoris, quam actio hypothecaria *l. 1. ff. de pigno. l. vnic. C. Etiam ob chirograph. pecun. Pacius ad d. l. penult.*

ASSERTIO LXXIX.

In pignore prætorio non attenditur prioritas temporis, sed benè in judiciali pignore.

IN pignore prætorio non obseruatur priuilegium temporis, inter eos creditores, qui ejusdem conditionis sunt & tituli, permittitur enim illa missio in rem, non in personam. Itaque in pignore prætorio non is præfertur, qui prius missus est in possessionem, sed missio illa proficit omnibus creditoribus, videturque missus non sibi, sed omnibus creditoribus possidere. *l. cum vnus. 12. ff. de reb. auct. jud. poss. l. is cui. §. si plures ff. Vt in possess. legat.* Contra in judiciali pignore, quod exequendæ rei judicatæ causa captum est, sicut in conuentionali pignore, priuilegium & ordo temporis spectatur. Itaque in pignore judiciali is potior est, cujus nomine prius captum est pignus, ex causa judicati. *l. si & jure 10. ff. Qui pot. in pig.* In hoc pignore judiciali ordo temporis attenditur, quia hoc pignoris genus constituitur in personam, illud autem

atem prætorium pignus in rem constituitur, & generaliter omnium credi-
rum causa, ideóque in eo non est prælationi locus.

Sed obiicitur huic decisioni *l.4.C.Qui pot.in pig.* vbi statuitur, quod Res-
ub. missa in possessionem bonorum sui debitoris, præfertur jure pignoris
is creditoribus. Resp. Ideò Respublica Heliopolitanorum missa in pos-
ssionem seruandi judicati causa, præfertur chirographario creditori, quia &
espub. non missa hoc priuilegium habet, vt omnibus chirographariis cre-
toribus præferatur. *l.penult.ff.de reb.auct.jud.poss.* Itaque non est Republi-
ejusdem conditionis, cujus cæteri creditores, & missio in possessionem pro-
st tantum iis creditoribus, qui sunt ejusdem conditionis & tituli.

Secundò aduersatur *l.2.C.Qui pot.in pig.* vbi fideicommissarii prius missi
possessionem fideicommissi seruandi causa, præferuntur illis, qui judicati
ruandi causa posterius in eadem bona missi sunt, & sic in pignore prætorio
bseruatur etiam ordo temporis. Resp. in *d.l.2.* missi in possessionem, fi-
icommissarius puta & creditor non sunt ejusdem conditionis. Atqui in
gnore prætorio omnium creditorum eadem est potestas, siue prius siue po-
rius missi sint, quando creditorem omnium eadem est conditio. Ita ele-
nter explicat *Cujac.lib.obs.5. c. 30. & lib.9.c.37.* Dissentit perperam *Costal.*
d. l. si & jure. ff. Qui pot. in pig.

ASSERTIO LXXX.

Illata & inuecta à secundo conductore in ædes conductas, primo locatori tacitè obligata censentur tantum pro eâ summa qua ipse conduxit: & secundus conductor primo locatori soluendo liberatur.

VTRAQVE hujus decisionis pars probatur expresso textu in *l.solutum*
11.§ *solutam ff. de pig. act.* vbi traditur, quod bona illata & inuecta à se-
cundo conductore in ædes conductas, primo locatori tacitè pignori obligata
censentur, pro eâ tamen parte tantum, quam secundus conductor condu-
xit. Additurque in *eodem §.vers. vnde si.* quod si secundus conductor primo
locatori soluerit, quod hæc solutio illi proficiat ad liberationem.

Sed contra priorem partem thesis opponitur hoc argumentum. Hypo-
theca non potest esse sine principali obligatione *l.5. ff.de pig. l. fidejussor 16.in*
princ.ff. de fidejuss. Sed secundus conductor non est personaliter obligatus
primo locatori, quia cum eo non contraxit: ergò nec bona ejus sunt ei pignori
obligata. Resp. Licet secundus conductor non sit obligatus primo locatori
persona-

personaliter, tamen primus conductor ei obligatus est, & bona istius secundi conductoris sunt tacitè obligata pro debito primi conductoris. At verò cum omnia bona primi conductoris sint tacitè obligata primo locatori, ista tacita obligatio extendit se etiam ad nomen secundi conductoris. Itaque bona secundi conductoris in ædes conductas illata, pro parte quam secundus conduxit, sunt obligata primo locatori.

Secundò aduersatur *l. Pomponius 5. ff. In quib. cau. pig. tac. contr.* vbi dicitur, quod bona illata & inuecta ab eo, qui ædes conductas à primo conductore accepit, non sunt obligata primo locatori. Resp. Ibi domus non fuit alteri inquilino locata, sed fuit secundo habitanti gratis concessa, ideóque bona ejus non censentur tacitè oppignorata primo locatori pro mercede domus, cum nullam mercedem debeat.

Tertiò obiicitur *l. si in lege 24 §. si colonus. ff. locat.* vbi bona secundi conductoris non censentur domino fundi seu primo locatori tacitè obligata. Resp. Sub distinctione. Aut inquilinus conduxit prædium vrbanum, aut colonus conduxit prædium rusticum. Primo casu bona inquilini inuecta & illata in prædium vrbanum tacitè domino prædii obligantur *l. 4. ff. de pact. l. 4. ff. In quib. caus. pig. tac. contr.* Ideóque & bona secundi conductoris tacitè ei sunt obligata *l. solutum 11. §. solutam ff. de pig. act.* Secundo casu bona coloni illata & inducta in prædium rusticum tacitè domino prædii non obligantur, nisi accedat expressa conuentio *l. 4. & 7. ff in quib. cau. pig. tac. contr.* Ergo & bona secundi conductoris inuecta in prædium rusticum non censentur tacitè primo locatori seu domino fundi obligata. *d. §. si colonus.*

Secundæ parti thesis videtur obstare *l. si opera ff. de except. doli. & l. inuito. C. de solut.* vbi traditur, quod non liberatur debitor, qui soluit creditori creditoris sui. Distinguendum. Aut ille creditor habet bona mea obligata, & tunc rectè ei soluo, possum enim cogi, vt ei soluam, eò quod nomen meum seu debitum ipsi est obligatum *l. nomen C. Quæ res pig. obl.* Aut creditor creditoris mei non habet bona mea obligata, & tunc non rectè ei soluo.

ASSERTIO LXXXI.

Etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri potest.

CONSTITVITVR in *l. vnic. C. Etiam ob chirograph. pec.* quod si debitor sub pignore alicui pecuniam debeat, & simul eidem creditori aliam pecuniam debeat sine pignore, solo chirographo tantum promissam, quæ dicitur pecunia chirographaria, quod hoc casu creditor habeat retentionem

-onem pignoris, non solum in eam summam pro quâ pignus obligatum est, -d etiam in omne aliud debitum, quod ab eodem debitore sine pignore sibi -ebetur.

Huic decisioni obstat *l. per retentionem. C. de vsuris.* vbi statuitur, quod -debitor fundum in sortem & vsuras minores obligauerat, & postea majo-s vsuras nudo pacto sine pignore promiserat, quod in majores vsuras pi-nus istud retineri non possit. Resp. Pro eâ tantum chirographariâ pecuniâ -uæ verè & efficaciter debetur, pignus retineri potest, qualis est pecunia -utua. Quod indicant illa verba text. in *d. l. vnic.* nisi pro illa etiam satisfe-rint, quam mutuam acceperunt. Diuersum est in vsuris pacto tantum -omissis, quæ quia naturaliter tantum debentur, pro illis pignus pro alio -ebito acceptum retineri non potest.

Secundò aduersatur huic constitutioni *l. solutum, §. si in sortem. ff. de pign. -t.* vbi traditur, si debitor debeat sortem & vsuras, & pro vna tantum sum-a ex iis pignus obligauit, ea summa soluta, pignus in alteram summam -on tenetur, sed statim in vna quantitate soluta, pro qua debitor pignus -bligauit, competit ei pignoratitia actio ad pignus repetendum. Resp. Quod -citur, in *d. l. vnic.* pignus pro vna summa acceptum, pro altera summâ -etineri posse, hoc sic accipiendum est, si altera summa postea sine pignore -edita sit. Verum si cum pignus in vnam summam dabatur, vtraque sum-a jam debebatur, vt accidit, cum sors & vsuræ deberentur, tunc obtinet, -uod dicitur in *d. §. si in sortem,* vt pignus in vnam summam acceptum, pro -terâ retineri non possit. Quod optima ratione introductum est. Qui enim, -m sibi ex pluribus causis diuersæ summæ deberentur, pro vna tantum -mmâ ex iis cautionem vel pignus accepit, pro alterâ summâ omissâ pi-nus sibi pepigisse non censetur. *arg. l. si cum dotem 22. in princ. ff. Solut. -atr. l. maritus. 21. C. de procur.* Ita eleganter & solidè tradit *Donel. ad d. l. -nic. C. Etiam ob chirogr. pecu. pignus retin. pos.* Aliter respondet *Cujac. lib. ob-ruat. 15. c. 22. & lib. 19. c. 27.*

ASSERTIO LXXXII.

Generalis hypotheca prioris creditoris præfertur speciali posterioris.

PRo regulâ inter creditores de prælatione pignoris certantes obseruatur, quod qui prior est tempore, seu qui prius pignus & hypothecam accepit, potior sit jure *l. 2. & 4. C. Qui pot. in pig. l. 11. & 12. ff. eo.* vbi generalis regula traditur, quod quoties plures creditores de pignore contendũt,

tunc is potior est jure, qui præuenit tempore, hoc est qui prius credidit pecuniam, & pignus accepit. Quod adeò verum est, vt etiam is qui prius generalem hypothecam accepit in omnibus bonis debitoris, & alius postea in certis bonis hypothecam accepit specialem, tamen nihilominus is cui primò bona generaliter sunt pignori obligata, præferatur etiam posteriori creditori in bonis specialiter sibi pignori obligatis. tex. sunt expressi in *l. si generaliter. 6. C. Qui po. in pig. & l. qui generaliter. 2. ff. eodem.*

Verum cum *d. l. 2. ff. Qui po. in pig.* grauiter pugnat *l. 2. C. de pignor.* vbi dicitur, quod si primus creditor ex cæteris bonis pecuniam suam seruare potest, secundo creditori bona specialiter pignori obligata non aufert. Resp. Quod dictum est, quod primus creditor qui generalem hypothecam habet, præferatur secundo creditori in rebus specialiter sibi pignori obligatis, hoc est verum, si purè & simpliciter generalis hypotheca est constituta *d. l. 2. ff. Qui potior in pig.* Cæterum si quædam bona sunt specialiter obligata primo creditori, & ei obligationi subjecta est generalis hypotheca, non purè & simpliciter, sed sub conditione, si ex speciali hypotheca creditor indemnitatem consequi non poterit, opus erit distinctione. Nam aut specialis hypotheca non sufficit exoluendo debito, & tunc præfertur primus creditor in generali hypotheca omnibus posterioribus creditoribus. Aut sufficit specialis hypotheca solutioni debitæ pecuniæ, & tunc posteriores creditores respectu earum rerum, quæ sibi sunt obligatæ, non tam sunt potiores quam soli, *l. 2. ff. Qui pot. in pig. & l. 2. C. de pigno.* Sed etsi primò quædam specialiter, & vniuersa bona generaliter fuerint obligata, nulla adjecta conditione, tamen jurisdictio ita temperanda est, vt si creditor ex specialiter obligatis bonis vniuersum debitum consequi possit, remoueatur à petitione earum rerum, quæ aliis postea specialiter sunt obligatæ: *l. 2. C. de pigno.* quia tacitè hoc actum videtur, vt non aliter generali hypotheca vtatur, quam si specialis non sufficiat.

Secundò objicitur *l. idemque 7. §. 1. ff. Qui po. in pig.* vbi traditur, quod si primo alicui omnia bona generaliter sint obligata, & deinde alteri creditori specialiter fundus obligetur, quod vterque creditor concurrat in pignore fundi obligati. Ergo prior creditor habens generalem hypothecam, non præfertur posteriori creditori habenti specialem hypothecam. Resp. Ibi simul & eodem tempore debitor vni creditori omnia sua bona generaliter obligauit, & alteri creditori specialiter fundum pignori dedit, quo casu pares sunt creditores tanquam tempore concurrentes. Aliud dicendum est, si debitor diuersis temporibus alteri generaliter bona sua obligauit, alteri vero specialiter fundum: tunc enim prior creditor habens generalem hypothecam præfertur posteriori, etiam in fundo specialiter illi obligato *Gl. in d. l. idemque §. 1.*

Postremò

Postremo notandum, quod hæc regula, quod creditor prior tempore præferatur in pignore, non procedat, si creditores tempore posteriores habeant speciale aliquod priuilegium, cujus respectu prioribus creditoribus hypothecariis præferuntur. Tales sunt primo, creditores qui in refectionem domus pecuniam crediderunt: hi enim priuilegium habent, vt prioribus creditoribus expressam hypothecam habentibus præferantur, *l. si ventri. 24. §. 1. ff. de reb. auct. jud. poss. l. creditor. 25. ff. de reb. cred. l. 1. ff. in quib. caus. pig. tac. contr.* Secundo, pupillus licet tempore posterior, priori creditori expressam hypothecam habenti præfertur. *l. idemque. 7. ff. Qui pot. in pig. l. vlt. ff. de ... & rat. distr. l. 3. ff. de reb. eorum qui sub tute.* Tertiò, mulier dotem repetens, præfertur aliis creditoribus tempore prioribus tam expressam quam tacitam hypothecam habentibus, in bonis mariti, quæ illi tacitè pro dote recuperanda sunt obligata, *l. assiduis. C. Qui pot. in pig.* Quartò & vltimo fiscus licet tempore posterior, præfertur prioribus creditoribus in bonis post fisci obligationem quæsitis. Aliàs priuatus creditor prior tempore præfertur fisco posteriori in bonis quæsitis ante obligationem fisci. *l. si is qui. 28. ff. qui pot. in pig. Cujac. lib. Obs. 10. c. 22. Conna. lib. 4. com. c. 17. num. 7.*

ASSERTIO LXXXIII.

Vsura est accessio sortis seu quantitatis.

HÆc definitio vsuræ confirmatur rescripto Alexandri Imp. videlicet per *l. frumenti. 12. C. de vsur.* vbi statuitur, frumenti vel hordei mutuò dati accessiones ex nudo pacto esse præstandas: quo loco per accessionom vsura intelligitur. Porrò vsura non significat quamuis accessionem, sed tamen accessionem, quæ fit ad sortem seu quantitatem. Sortis seu quantitatis nomine intelligunt IC. non tantum pecuniam numeratam, verum res omnes, quæ mutuam functionem in suo genere recipiunt, & quæ pondere, numero & mensurâ constant, vt sunt vinum, oleum, frumentum *l. 2. §. vlt. & l. seq. ff. de eo quod cer. lo. l. 2. §. creditum. ff. de reb. cred.* Pro hisce rebus fungibilibus mutuo datis rectè exiguntur vsuræ. Et quod pro nummis vsuræ exigantur, probatur per *l. 1. 2. 3.* & passim per *totum tit. C. de vsur.* Quod verò ad hordeum vel frumentum vsura accedat, indicatur in *d. l. frumenti. C. de vsur.* Denique in *l. oleo. 23. C. de vsur.* Imper. Philippus respondit, oleo vel quibuscunque fructibus mutuo datis, vsuras deberi.

Sed obstat huic decisioni *l. pro auro. 25. C. de vsur.* vbi Imp. Constantius sanciuit, pro auro & argento & vestibus licitas solui vel promitti vsuras.

Ibi apparet pro veſtibus licitè vſuras ſolui, cum tamen veſtes non ſint quantitates. Vnde malè definitur, vſuram eſſe acceſſionem ad ſortem ſeu quantitatem. Reſp. Pro veſtibus vſuræ ſolui vel promitti poſſunt, quando hoc agitur inter contrahentes, vt veſtes æſtimatæ dentur, ita vt pecunia reddatur, quo caſu pro veſte ita datâ, vt pecunia reddatur, licitè vſura ſoluitur & promittitur. Idem dicendum eſt, ſi non veſtes, ſed aliæ quæcunque ſpecies dantur, & pecunia redditur. Sic in *l.3. §. vlt. ff. de vſur.* traditur, Auro vel argento facto legato vſuras deberi, ſi teſtator materiam iſtam ideò reliquit, vt eâ diſtractâ, & pecunia inde redacta, legata ſoluerentur. Si verò teſtator ideò aurum vel argentum reliquit, ut legatarius hiſce vaſis & ſcyphis vteretur, non ſine rubore deſiderabuntur vſuræ, ideoque nec exigentur.

Secundò aduerſatur *l. cum quidam 17. §. fin. ff. de vſur.* vbi deciditur, hæredes qui ſtatuas vel imagines Reipub. legatas non poſuerunt, vſuras trientes Reipub. pendere debere. Atqui ſtatuæ & imagines non ſunt quantitates. Vnde colligitur, quod non in ſolis quantitatibus, ſed etiam in corporibus & ſpeciebus vſuræ locum habeant. Reſp. Statuis vel imaginibus Reipub. legatis, pecunia legata cenſetur, ex quâ ſtatuæ vel imagines confici poſſunt. *l. ſi legatum, 5. ff. de oper. publ.* Ideoque ſtatuis vel imaginibus non poſitis tempore à Præſide præfinito, propter moram præſtantur vſuræ Reipub. vſque ad tertiam centeſimæ, hoc eſt, vſuræ trientes. Tertiò obſtat *l.1. ff. de naut. fœn.* vbi non modo pecuniæ, ſed etiam mercium ex pecunia comparatarum vſuras ſolui Vlpianus ſcribit. Reſp. Ibi non penduntur vſuræ mercium tanquam corporum, ſed tanquam quantitatis & æſtimationis, ita vt vſuræ pendantur pretij, quo merces ſunt æſtimatæ.

ASSERTIO LXXXIV.

Vſuræ debentur ex morâ, in bonæ fidei contractibus.

HÆc deciſio multis ICtorum reſponſis & conſtitutionibus principum paſſim confirmatur. Sic enim Martianus inquit in *l. mora 32. ff. de vſur.* In bonæ fidei contractibus vſuræ ex mora debentur. Similiter Paulus reſpondit in *l. cum quidam. 17. §. ex locato. ff. eodem.* Eum qui ex locato conuenitur, ex mora vſuras præſtare debere. Præterea à Gordiano Imperat. reſcriptum eſt, vſurâs in depoſiti actione, ſicut in cæteris bonæ fidei judiciis ex mora venire. Porro debitor præſtat vſuras ex mora in bonæ fidei contractibus, non vero in ſtricti juris contractibus, & propterea Impp. & IC. in reſcriptis & reſponſis ſuis nominatim bonæ fidei contractuum mentionem faciunt,

faciunt, vt ostendant in contractibus strictis ex morâ vsuras non deberi. Sed in contrarium adducitur. *l. Titia Sejo. 87. §. 1. ff. de legat. 2. & l. in minorum C. in quib. caus. in int. rest. non est nec.* vbi traditur, quod legatorum etiam & fideicommissorum vsuræ ex morâ debentur, quę sunt stricti juris judicii, ideóque in strictis negotiis vsuræ quoque ex morâ debentur. Resp. Ab hac regulâ, qua dicimus vsuras in bonæ fidei contractibus venire, non in negotiis strictis, excipienda sunt legata & fideicommissa, quorum natura licet stricta sit, tamen nihilominus ex iis vsurę ex morâ debentur. Ratio ejus juris est fauor vltimarum voluntatum: in legatis namque & fideicommissis maior bona fides exigitur, quam in aliis negotiis strictis: Idque ideò receptum est vt vltimæ defunctorum voluntates, quibus jura vt plurimum fauent, quin plenissimè conseruentur, & quam citissimè ad exitum perducantur. Facit *l. vsuræ 34. ff. de vsur.* vbi dicitur, quod quoad vsuras & fructus attinet, legata & fideicommissa, bonæ fidei judiciis & actionibus comparantur.

Secundò grauiter aduersatur *l. 1. §. 1. ff. de vsur. & l. 5. C. de act. empt.* In *l. 1.* docet Papinianus, socium qui pecuniam communem inuasit, & in vsus suos conuertit, omnimodò etiam morâ non interueniente debere præstare vsuras. In *d. l. 5.* sancitur, emtorem, qui nactus possessionem venditam, fructus percepit, partem pretii quam penes se habet cum vsuris restituere debet, licet nulla mora intercesserit. Resp. Mora dupliciter committitur; Alia est mora, quæ fit ex re ipsa, id est, ex solo tempore tardæ solutionis *l. cum verb. 26. §. apparet. ff. de fideicom. libert. d. l. in minorum. C. in qui. caus. in int. rest.* Alia mora est, quæ fit per interpellationem oportuno tempore & loco faciendam *d. l. mora ff. de vsuris.* At verò quod dicitur in *d. l. 1. §. 1. ff. de vsur. & l. 5. C. de act. emp.* vsuras deberi morâ non interueniente, hoc accipiendum est de morâ quæ fit ex personâ, seu per interpellationem, interim tamen mora reipsâ commissa est. Sic socius qui pecuniam communem in vsus suos conuertit, reipsa moram committit, licet moram non committat ex personâ, *h. e.* quamuis socius non interpellauerit socium, vt pecuniam solueret. Ideoque etiam ad vsuras tenetur, quia tardius soluit, mora enim re ipsa committitur ex solo tempore tardæ solutionis. Similiter quoque in *d. l. 5. C. de act. empt.* mora fuit ex re facta sine vlla interpellatione, quod ex duabus rationibus satis constat. Nam primò ibi minor 25. annis fuit venditor, cui vsuræ præstantur atqui minori viginti quinque annis mora fit in re, id est, ex solo tempore tardæ prætii solutionis *d. l. in minorum. C. in quib. caus. in int. rest.* Altera ratio est, quia emtor nactus est possessionem fundi venditi, & ex eo fructus percepit; ideoque æquum est, vt in vicem perceptorum fructuum pretium cum vsuris reddat. Eo enim ipso, quod emtor re vendita & tradita fruitur, æquissimum est eum vsuras pretii pendere, quia moram re ipsa committit, quod

rei venditæ fructus percipit,& pretium non persoluit: vnde & æquum est eum vsuras pretii præstare debere. *l. Iulianus. 13. § ex vendito ff. de act. empt.* Hinc consequenter intelligitur, verum id esse quod dicimus, in bonæ fidei contractibus vsuras deberi ex morâ, quæ vel ex personâ facta est, puta interpellatione præcedente, vel saltem re ipsa commissâ est. Ita tradunt *Borcholt. de vsur. c. 3. à num. 13. vsque ad 33. Donel. in tracta. de mora c. 6. in princ.*

ASSERTIO LXXXV.

Actori incumbit onus probandi, non autem Reo.

ACTORI qui judicio aliquid persequitur, siue agat actione ciuili siue criminali, onus probandi incumbit, reus autem non adstringitur necessitate probandi. *l. 2. l. 8. & l. actor. 23. C. de probat.* Actore enim non probante reus, etiamsi nihil probauerit, nihil præstiterit, nihil pro se allegauerit, absolui debet, *l. qui accusare C. de edendo. l. negantes 9. C. de oblig. & act.* Ratio autem, cur actori incumbat onus probandi, non autem reo, hæc est, quia in pari causa pro possessore judicatur. *l. 2. C. de cond. ob turp. caus. l. in pari. 128. ff. de R. I.* Cur autem in pari causa ita judicetur, duplex ratio adferri potest, prima est, quia reus est fauorabilior actore *l. fauorabiliores 125. ff. de R. I.* Et cum propensiores simus ad absoluendum, quam ad condemnandum, judicamus potius pro dissoluenda obligatione, quam pro eâ constituenda. *l. Arrianus ff. de Obligat. & act.* Altera ratio est, quia actor affirmat, reus verò negat, atqui per rerum naturam efficitur, vt probanda sit affirmatio, non verò negatio *l. 2. ff. de probat. l. actor. 23. C. eodem.*

Aduersatur primò huic regulæ *l. circa. 14. ff. de probat.* vbi reo iniungitur onus probandi, non actori. Resp. Ideò reus ibi probat suam intentionem, quia vltrò suscipit in se onus probandi, sed inuitus reus non adstringitur necessitate probandi, neque inuitus cogitur probare, *d. l. actor.* Vnde & si reus in probatione, quam vltrò suscepit, defecerit nihilominus tamen si actor non probauerit petitionem suam, reus est ab solvendus. DD. in *d. l. actor.*

Secundò opponitur *l. ciuile 5. C. de furt.* vbi dicitur non esse in ciuile, quod actor desiderat, vt reus exhibeat venditorem à quo dicit se rem petitam emisse. Resp. Ea defensio exigitur à reo possessore rei furtiuæ, vt euitet suspicionem furti, quia res surrepta apud illum fuerat deprehensa, & cum interrogaretur, vnde illam haberet, dicebat se ab ignoto & transeunte emisse, hinc erat contra eum aliqua suspicio furti, ad quam avertendam debet indicare venditorem.

Tertiò

Tertiò decisioni obstat hoc argumentum. Quoties actor semiplenè probauit suam intentionem, tunc judex defert reo plerumque jusiurandum, vt se purget, interdum etiam ipsi actori defertur jusiurandum, vt si reus minus fide dignus sit. *c. vlt. ex. de jurejur. l. 3. C. de reb. cred. l. admonendi 31. ff. de jurejur.* Ergò non semper reus absoluitur, si actor intentionem suam legitimè non probauit. Resp. Vbi actor planè nihil probauit, reus omninò absoluendus est, vbi vero semiplenè probauit, tunc quia suspicionibus aliquibus & præsumtionibus reus grauatus est, debet se juramento purgare.

Quartò opponitur *l. siue possidetis 12. C. de probat.* vbi cum frater peteret à fratre petitione hæreditatis prædia paterna, & hæreditaria, & frater assereret ea prædia sibi esse donata à patre, cogitur frater qui reus est, etiamsi possideat prædia, probare sibi illa à patre esse donata. Resp. Hoc casu fratri ideo incumbit probatio assertæ donationis, quia alter frater actor adjuuatur præsumtione juris, quod scilicet mortuo patre filii præsumuntur esse hæredes & domini bonorum paternorum. *l. in suis. ff. delib. & posth.* Itáque cum alii fratres affirment se esse dominos ex causa donationis, hoc probare tenentur, quia præsumtio iuris in eos transfert onus probandi: donatio enim non præsumitur, nisi probetur, *l. cum de indebito 25. ff. de probat.* Quoties ergo præsumtio est pro actore contra reum, tunc reus grauatur onere probandi, quia effectus præsumtionis est, vt onus probandi incumbat ei contra quem militat præsumtio. *l. si pactum 9. l. si chirographum 24. ff. de probat. l. dotem 30. ff. de jur. dot.*

Vltimo obstat *l. vbi 22. C. de fals. & l. vlt. C. de abolit.* vbi in criminibus læsæ majestatis, peculatus, & falsi, ab vtraque parte exiguntur probationes. Resp. Hoc specialiter receptum est in hisce atrocibus criminibus. Quod tamen ita intelligendum est, non vt probatio exigatur à reo, quasi actore non probante sit condemnandus, sed vt probatio rei opponatur probationi accusatoris, atque ita veritas magis elucescat, ne ex probationibus actoris condemnetur reus, qui fortè melioribus probationibus oppositis se tueri potest.

ASSERTIO LXXXVI.

Homo præsumitur viuere vsque ad centum annos.

DECISIO hæc, quod homo præsumatur viuere vsque ad centum annos, nisi probetur mortuus esse, ab Accursio aliisque DD. communiter recepta & approbata est. Ita tradit *Accurs. in l. 2. §. si dubitetur. ff. Test. quemad. aper.* Eáque assertio probatur in *l. an vsusfructus 56. ff. de vsufructu.* vbi traditur, quod

quod vsusfructus ciuitati relictus duret vſque ad centum annos, addita hac ratione, quia hoc tempus finis longæui hominis eſſe dignoſcitur. Idem affirmatur in *l. vlt. C. de SS. Eccleſ. & Novel. 9. Vt Eccl. Ro. cent. ann. gaud. præſcr.* vbi aſſeritur, quod contra Eccleſias & pia loca currat tantum centū annorum præſcriptio, ſubjecta hac ratione, quia hoc tempus vitæ longæui hominis plerumque finis dijudicatur. Hujus rei hic eſt effectus, quod ſi aliquis peregrè abſentis hæreditatem tanquam proximus hæres ab inteſtato adire & amplecti velit, is prius probare cogitur, eum de cujus hæreditate agitur, è viuis exceſſiſſe, vel jam à tempore natiuitatis ejus tempus centum annorum effluxiſſe: præſumtio enim eſt, eum tamdiu per rerum naturam ſuperſtitem eſſe poſſe, ideóque nulla ejus tanquam viuentis hæreditas ad hoc vſque tempus ad aliquem delata dici poteſt, niſi certo probetur eum mortuum eſſe *arg. d. l. 2. §. ſi dubitetur. l. qui ſuperſtitis 94. ff. de acq. hæred.*

Contra hanc deciſionem tale mouetur argumentum. Conjecturæ & præſumtiones ſumuntur à communiter accidentibus: ſed ex quotidiano vitæ humanæ curſu apparet, pauciſſimos homines ad tempus centum annorum vitam ſuam producere. Ergo non rectè, neque verè dicitur præſumi hominem viuere vſque ad centum annos. *Reſp.* Hæc objectio non tollit hanc præſumtionem juris: Nam hæc deciſio ita accipienda eſt, quod per rerum naturam & vitæ humanæ curſum, poſſit homo ad centum annos vitam ſuam extendere. Cum ergo potentia per præſumtionem juris cenſeatur hominem ad centum annos viuere poſſe, ille qui dicit hominem aliquem adhuc viuere, quod curſus vitæ ejus nondum attigit centeſimum annum, per præſumtionem juris fundatam habet ſuam intentionem, quoad aduerſarius probet eum de quo diſceptatur, eſſe mortuum, quia præſumtio juris releuat eum pro quo ſtat præſumtio, ab onere probandi & transfert onus probandi contrarium in aduerſarium *l. ſiue poſſidetis. C. de proba. l. vlt. in princ. ff. Quod met. cauſ.* melior tex. in *l. generaliter, §. ſi petitum. in fin. ff. de fid. lib.* Porro neque hoc rarum & infrequens eſt, vt homo ad centum annos vitam ſuam extendat, quod communi experientia mundi. variiſque exemplis demonſtrari poteſt. Quod imprimis inter cætera comprobatur teſtimonio ſacræ Scripturæ. *Geneſ. 6.* vbi Deus Opt. Max. terminum humanæ vitæ definit centum viginti annorum ſpacio. Vnde Abrahamum, Iſaacum, Iacobum, Moyſen, alioſque multos Patriarchas hoc ſpacium vitæ longè exceſſiſſe ſacræ literæ apertè oſtendunt. *Deuteronom. c. vltim. numero 17.* vbi refertur, quod Moyſes centum viginti annorum erat, quando mortuus eſt, Abraham autem vixit annos centum ſeptuaginta quinque. Eundem etiam terminum vitæ attigiſſe Claudium Mathematicorum doctiſſimum, Trebellius Pollio ſcriptum reliquit. Præterea Democritum ſumma animi tran-

quillitate

uillitate vitam perduxisse vsque ad 109. ætatis suæ annum, testis est *Philip. Melanth. in libello de anima.* Adhæc Terentiam Ciceronis vxorem 117. annis vixisse, Clodiam Ofelli 115. annis superstitem fuisse, testatur *Plinius lib. 7. cap. 48.* Iustinianus etiam Imp. in §. *si verò intra, Nou. de Monach.* refert se egisse cum Zosimo Abbate centesimum & vigesimum ætatis annum agente. Denique testantur historiæ Hippocratem vsque ad centesimum quartum annum vitam suam produxisse. Galenum porrò 120 annos vixisse scribitur, idque hac victus ratione esse consecutum, quod à cœna vel prandio nunquam saturabierit. Vesci enim citra saturitatem, impigrum esse ad laborem, vitale semen conseruare, hæc tria esse longè saluberrima scriptum reliquit *Plutar. in libel. de sanit. tuen.* Plura longioris vitæ exempla commemorata reperies apud *Cæl. Rhodoginum lib. 20. antiq. lect. c. 134.* Verior itaque hæc est sententia, legibusque & probatorum authorum scriptis magis consentanea, quod homo naturaliter præsumatur viuere vsque ad centum annos, nisi probetur contrarium. Quod & communi DD. calculo comprobatum est, licet dissentiant *Coras. lib. 5. Miscel. c. 18. Arius Pinel. ad l. 2. C. de rescind. vend. part. 3. c. 4. n. 33. Menoch. de præsump. lib. 6. præsum. 19.*

Opponitur *l. si quis argentum §. sin autem. vers. in redditibus C. de donation.* vbi traditur in donatione redditum ad vitam, sumi spacium quindecim annorum: quia tantum homo viuere præsumitur. *Glos. ad d. l.* Resp. Hoc speciale est in donatione redditum ad vitam. Ratio hæc est, quia cum donator ex sua liberalitate conueniatur, mitius cum eo agendum est, ne alioqui beneficium sit ipsi damnosum. Ita tradit *Tiraquell. de retraict. lignagier §. 1. Gloss. 9. num. 20.*

ASSERTIO LXXXVII.

Scriptura regulariter non pertinet ad essentiam, sed ad probationem contractuum.

PRO regula passim in iure traditur, quod instrumenta & scripturæ in contractibus, non ad substantiam, sed tantum ad probationem contractus adhibeantur, vt scilicet id quod actum est, per scripturas facilius probari possit: sine his autem valeat id quod actum est, si testibus aliisque legitimis probationibus contractus fides probari & doceri possit. Sic pignus, emtio, locatio, matrimonium, aliique contractus efficaciter valent & subsistunt, licet scriptura nulla interuenerit, dummodò de voluntate & consensu contrahentium aliis legitimis probationibus constet. textus sunt expressi in *l. 4. ff. de pig. l. 4. ff. de fid. instr. l. cum res. 12. C. de probat. l. 9. & 10. C. de fide instr.*

Opponitur huic assertioni *l. 1. C. de jur. emph.* vbi traditur, quod scriptura ad substantiam contractus emphyteutici necessariò interuenire debeat. Resp. Hoc speciali ratione constitutum est, vt contractus emphyteuticus absque scriptura perfici non possit. Cum enim plerumque hic contractus in perpetuum vel ad longissimum tempus memoriam hominum excedens ordinetur, & testes facilè intermori possunt, aut obliuioni tradere, quæ à tam longinquo tempore gesta sunt, & ita hujus contractus fides facilè extingui possit, hinc factum est, vt hic contractus literis & instrumentis, tanquam fidelissimis rerum & negociorum custodibus committi debeat, quo sic fides & rei gestæ veritas temporis decursu non vacillet, & ab obliuione commodissimè hic contractus vindicari possit.

Secundò objicitur *l. contractus 17. C. de fide instr. & Instit. de emp. & vend. in princ.* vbi traditur quoties inter emtorem & véditorem conuenit, vt emtio in scriptis redigatur, tunc emptio non censetur perfecta, antequam scriptura sit completa. Resp. In eo casu scriptura in emtione necessaria est propter conuentionem contrahentium, qui nominatim pacti sunt, vt scriptura ad contractum emtionis sit necessaria, quæ conuentio facit, vt non tantum ad probationem, sed etiam ad substantiam emtionis scriptura interuenire debeat. Vnde cum conuenit, vt scriptura adhibeatur emtioni, tunc hæc scriptura adeò est necessaria, vt contractus emtionis non intelligatur perfectus, nisi scriptura sit absoluta, vnde & per pœnitentiam ab eâ recedere licet, quamdiu scriptura non est perfecta & completa. *d. l. contractus.*

Tertio aduersatur *Auth. hoc jus porrectum. C. de sacr. Eccl.* vbi statuitur, res Ecclesiæ oppignorari non posse, nisi interueniat scriptura. Resp. Hoc specialiter est receptum in oppignoratione bonorum immobilium Ecclesiæ, nam & alias generaliter traditum est, quod omnes alienationes rerum Ecclesiasticarum in scriptis fieri debeant. *c. sine exceptione. 12. quæst. 2. c. hoc jus. 10. qu. 2. VVesenb. in parat. ff. Si ag. vect. pet.* Plures casus, quibus scriptura ad substantiam contractuum & pactorum necessaria est, vide apud *Accurs. ad l. pactum 17. C. de pact.*

ASSERTIO LXXXVIII.

Scripturæ diuersæ & contrariæ ab eâdem parte prolatæ, fidem sibi inuicem derogant.

DIVERSITAS & repugnantia scripturarum ab eâdem parte in judicio productarum, facit fidem illis non adhiberi. tex. in *l. scripturæ. 14. C. de fid. instr. c. imputari ex. eodem. tit.* Ratio assertionis est, quod qui contraria instru-

ſtrumenta producit, vtrumque verum eſſe fatetur, quod tamen eſt contra
turam, vt duo contraria ſimul eſſe vera poſſint, ideóque propter repugnan-
m fides iis derogatur. *l. vbi pugnantia.88.ff.de R.I.* Exemplum hujus deci-
nis poni poteſt, ſi proferantur duo teſtamenta eodem die ſcripta, ſed alio
que alio hærede inſtituto, vt neſcias vtrum eorum ſit poſterius, nam hîc
rumque alteri ſic derogabit fidem, vt ex neutro adiri poſſit hæreditas. *Gloſ.
l. 1. §. 1. ff. de bon. poſſ. ſec. tab.* Repugnant etiam ſibi inſtrumenta, & ſi
ntrarietas ſit tacita, & per indirectum, veluti ſi duorum inſtrumentorum al-
ro contineatur me Louanii accepiſſe mutuò, altero verò eodem die Romæ,
od locorum diſtantia non patitur. *l. optimam C. de contr. ſtipul.* Procedit
tem hæc deciſio tam in actore quam reo, licet major videatur eſſe ratio in
tore, propterea quod reus pluribus defenſionibus etiam diuerſis & contra-
is vti poteſt. *l. nemo. & ibi Gl. ff. de except. c. nullus pluribus. de R.I. in 6.* In acto-
verò nulla eſt admiſſa contrarietas *l. 1. C. de furt.* Sed ſanè neutri parti pro-
atio eſt permiſſa. *Salyc. ad d. l. ſcripturæ.*

Opponitur huic enunciato, quod ſi teſtes ab eadem parte producti ſibi in-
cem contraria deponant, quod fidem ſibi inuicem non derogant, ſed ſtatur
ſtibus dignioribus, honeſtioribus, & veriſimiliora deponentibus *l. ob. carmen
. §. 1. ff. de teſt. l. juriſiurandi 8. C. de teſtib. Nou. 90. de teſtib. c. in præſentia. & ibi
loſſa in verb. diuerſa. ex. eo.* Atqui parem vim & fidem in probando obtinent
ſtrumenta, & teſtes *l. in exercendis 15. C. de teſtib.* Ergò eodem modo dicen-
um eſt, quod non ſtatim contraria inſtrumenta fidem ſibi derogant, ſed
ignioribus ſcripturis ſtandum eſt. Reſp. Aliud obtinet in teſtibus quam
ſtrumentis ab eadem parte productis, quia ſi teſtes diuerſa vel contraria di-
ant, ſtabitur dignioribus, ſcripturæ vero contrariæ ſibi inuicem fidem de-
gant. Ratio diuerſitatis eſt, quod producenti nihil imputari poteſt, cur pro-
uxerit teſtes contraria teſtimonia perhibentes, cum ipſe non potuerit præ-
idere, qui dicturi eſſent, nec licuerit ei teſtes conuenire inſtruendi teſtimonij
auſa, priuſquam deponerent. Sed inſtrumenta priuſquam producuntur, per-
gi & examinari poſſunt à producente, num ſint repugnantia, quod cum fa-
tum non fuerit, & contraria inſtrumenta produxerit, imputari merito debet
roducenti, quæ ratio redditur in *c. imputari. ex. de fide inſtr.*

Secundò prædictæ deciſioni obſtat, quod binis tabulis teſtamenti prolatis,
c vt in alteris centum, in alteris verò contineantur quinquaginta alicui le-
ata, debetur tamen minor quantitas *l. Sempronius Proculo 47. de legat. 2.* vbi
men ſecundum diſpoſitionem hujus aſſertionis nihil conſequeretur lega-
arius, ſed ſcripturæ contrariæ ſibi inuicem fidem derogarent. Reſp. *Saly-
et. ad d. l. ſcripturæ C. de fid. inſt.* quod in *d. l. Sempronius*, non produ-
ebantur ſcripturæ diuerſæ ab vna eademque perſona, ſed à legatario

adferebatur testamentum, quod majorem quantitatem comprehendebat, ab hærede verò, quod minorem continebat. Vel si dederis ab vna eademque persona, nempe legatario, ambas scripturas fuisse productas, multum tamen adhuc differentiæ est, cum casu *d. l. scripturæ*. Ibi enim legatarius binas illas tabulas vt diuersas protulit ad diuersos fines: nempe vt vtrumque legatum consequeretur. Quantitas enim facilè est multiplicabilis, & sæpius legari potest. *l. quinquaginta. ff. de probat. l. planè. 34. §. sed si ff. de leg. 1.* Hic verò scripturæ diuersæ producuntur ad vnum eundemque finem, ad quem scilicet in exordio litis conclusum est. Prætèrea in allegata lege contraria hæres consentiebat implere, quod in alteris tabulis erat relictum, nempe minorem quantitatem. Neque enim intendebat vtrasque impugnare, quod vix quoque facere potuisset, nisi & suam institutionem euertere voluisset, hic verò vtramque scripturam contra se productam negat, & vnius fidem impedit altera, cum quod vna adstruit, altera destruit.

ASSERTIO LXXXIX.

Latior declaratio Assertionis 87. quod instrumenta & scripturæ non pertinent ad substantiam contractuum, sed ad probationem.

SI contractus & pacta bonâ fide sint inter contrahentes celebrata, licet scriptura non interuenerit, tamen si aliis probationibus rei gestæ veritas cõfirmari potest, tanquam validè & legitimè confecta inuiolabiliter custodiri debent. *l. pactum. 17. C. de pact.* Pacta itaque & contractus valent etiam non interueniente scriptura. Instrumenta enim non ad substantiam negociorum & contractuum, sed ad fidem & probationem adhibentur. Ideóque si aliis etiam probationibus, puta testibus, confessione partis, aliisque documentis rei gestæ veritas confirmari potest, nihilominus valet quod actum est *l. 4. ff. de pignor. l. 4. ff. de fide instr. l. 5. C. de transact.*

Sèd huic decisioni primò opponitur. *l. contractus. C. de fide instr.* vbi contractus venditionis non aliter valet, nisi scriptura accesserit, instrumentáque sint in mundum redacta, & omnibus suis numeris completa. Resp. Hoc ideò statutum est, quia inter contrahentes ita conuenerat, vt contractus non aliter valeret, quam si scripturæ committeretur, ideóque conuentio dat formam & legem contractui. *l. 1. §. si conuenit. ff. de pos.* vbi dicitur, quod contractus ex conuentione legem accipiunt. Concordat *l. contractus 23. in verb. quod conuenit, legem contractus dedit. ff. de reg. jur.*

Secundò

Secundò aduersatur, quod contractus emphyteuseos non aliter de jure subsistit, nisi scriptura interueniat. Ideoque aliquando ad substantiam contractus scriptura requiritur. *l.1.C.de jur.emph.* Resp. Hoc ideò est introductum, quia contractus hic plerumque fit in perpetuum, vel ad tempus memoriam hominum excedens. Vnde quia testium memoria est labilis, facilèque testes mori possunt, tutius est hunc contractum instrumentis & literis fidelissimis rerum custodibus committere. *Coras. ad l.1.C. de jur.emph.*

Tertiò objicitur *l.generaliter.13. C. de non nu. pec.* vbi statuitur, quod si quis in scriptis confessus sit se ex certá aliqua causa quid debere, non potest contrarium probare, nisi per aliam scripturam. Resp. Specialis istius juris ratio in eadem lege subjicitur, quia nimis indignum est, vt quod quisque sua voce dilucidè protestatus est, id eum velle infirmare, testimonioque proprio resistere. Itaque quia turpe est venire contra propriam confessionem meritò hic alia probatio non sufficit, quam quæ scriptura constat.

Quartò refragatur huic assertioni, quod donatio excedens 500. aureos, non aliter valet, quam si in acta & scripturam publicam redigatur, & notioni magistratus competenter insinuetur. *l. sancimus. 34. C. de donat.* Resp. Hæc immensa donatio ideò debet insinuari, & in acta publica seu libros ciuitatum redigi, ne prodigaliter quis liberalitatem suam exerceat, & vt variis fraudibus occurratur, quæ in eliciendis hisce immensis donationibus excogitari solent, quæ vt præcaueantur, statutum est à legislatoribus, vt non aliter hæ donationes ratæ sint, nisi insinuentur notioni magistratus, & de his scriptura publica conficiatur. *VVesenb. in parat. ff. de donat. nu. 6.*

Quinto repugnat *Auth. hoc jus porrectum. C. de SS. Eccles.* vbi constituitur, quod res immobiles Ecclesiæ non possint alienari, nisi interueniente scriptura. Resp. Hoc specialiter & singulari jure introductum est in fauorem Ecclesiarum & aliorum piorum locorum, ne eorum prædia & possessiones facilè alienari possint, nisi majori aliqua solemnitate interueniente.

Sexto opponitur. *l.1. C. de mand. Princ.* vbi statuitur, quod in mandatis Principum allegandis nemini fides adhibetur, nisi exhibito diplomate in scripturam redacto. Resp. Puto & hoc speciali jure introductum esse: idque propter hanc rationem: quia cum Principes grauiorum & plurimorum negotiorum mole sunt occupati: possent facilè per incogitantiam & præcipitanter aliquid mandare, quod tamen non serio & certo factum vellent. Ideoque vt certius de voluntate Principum constet, rectè placuit, mandata Principum non aliter valere, quam si per scripturam probentur.

Septimò & vltimò obstat. *l. 3. C. Si min. se majo. d.x.* vbi statuitur, quod si minor 25. annis in instrumento jurauit se majorem, quod contra hanc rogatam assertionem non restituatur in integrum, nisi per instrumentum

probet se minorem 25. annis. Resp. Et hoc propter religionem jurisjurandi singulariter est introductum, vt fides jurisjurandi sanctè obseruetur, & non temerè jusjurandum in scriptis deliberato præstitum violetur. Ideoque non aliter admittitur minor ad infringendam confessionem ætatis suæ propriâ scripturâ & jurejurando confirmatam, quam per contrariam scripturam. Accedit & altera ratio, quod quoties agitur de probanda ætate, plus valent instrumenta, veluti professiones natales & censuales, quam testes *l. 1. C. de test.* Tenere enim annorum memoriam est difficile. Vnde facilius admittitur in hoc casu probatio instrumentorum quam testium *l. 3. §. duæ. ff. de Carb. edict.* Postremo notandum, quod his casibus, quibus scriptura necessario requiritur ad substantiam contractuum vel negotiorum, si scriptura casu aliquo fortuito deperdita est, tunc probato casu fortuito amissionis instrumentorum admittuntur testes: qui de veritate ipsius rei vel negotii fidem faciant. *l. testium in fin. Cod. de testib. Alciat. ad l. pactum. 17. C. de pact. in fine.*

ASSERTIO XC.

Mulier in criminalibus causis testis esse potest.

MVLIEREM posse esse testem in criminalibus causis, probat apertè. *l. 2. ff. de accus.* vbi traditur mulierem non cogi contra consanguineos in causis criminalibus dicere testimonium. Ergo potest si velit testis esse, imo contra extraneos in criminibus vt testimonium dicat, cogi potest. Idem probat. *l. ex eo. 18. ff. de testib.* sumto argumento à contrario sensu: dum enim ibi dicitur, mulierem damnatam publico judicio repelli à testimonio, in crimine adulterij, sequitur à contrario, mulierem non damnata publico judicio, posse sicut in crimine adulterij, sic & in aliis criminibus testimonium dicere. Denique hæc sententia confirmatur per *l. qui testamento. 20. §. mulier. ff. qui test. fac. poss.* vbi mulier specialiter prohibetur esse testis in testamentis. Ergo in aliis causis admittitur.

Sed contra objicitur hoc modo. Mulier non potest esse testis in testamentis. Ergo multò minus in causis criminalibus testimonium dicere poterit, quia cui non licet quod minus est, vtique nec licet quod plus est. Minus autem est in testamentis, quam criminibus testimonium perhibere, quia in causis criminalibus de vita & salute hominis agitur, in testamentis autem tantum de bonis defuncti disponitur. Resp. Hoc quod mulier non possit esse testis in testamento inde prouenit, quod veteres ad solennia nec mulierem, nec seruum, nec impuberem, nec peregrinum admittebant. *l. qui testamento.*

mento. §. *seruus. ff. Qui test. fac. poss.* Ideò autem mulier testis esse in testamento prohibetur, quia propter sexus inexperientiam non satis intelligit eas fraudes, & insidias quæ in subornandis testamentis à peritis architectis earum rerum strui solent. *d.l. qui testamento. §. mulier.* Porrò in criminalibus causis ideò mulier in testem admittitur, licet in testamentis secus sit, quia licet vnicuique delectum adhibere, quosnam velit testes in testamentis adsciscere, grauiores scilicet, & personas maximè spectatæ fidei, cum testamenta fiant testibus ad hoc specialiter conuocatis & rogatis, & à testimonio testamentario mulier jure ciuili remoueatur. In criminibus verò vel aliis negotiis probandis ideò mulier admittitur, quia testes ab initio vocati hic ferè non producuntur, sed qui fortè fortuito præsentes fuere, testes ibi adhibentur, *l. ad fidem. ff. de testib. Baro ad §. testes autem. Inst. de testam. ordin.*

Secundò objicitur, quod testes à testimonio prohibentur propter lubricum consilii, sed mulier habet lubricum & imbecille judicium: præterea varium & mutabile semper est fœmina. *l. filia in orbitate. 20. C. de inoff. testam.* Resp. Mulier in criminibus testis esse potest, ideo quia probationum copia non est angustanda. Deinde hoc non est perpetuo verum, quod fœminæ sint lubricæ & inconstantes, cum pleræq; fœminæ magis sint constantes & fideles in veritate dicenda quam viri. Adde quod testes juramentum præstent de veritate proferenda, cujus relligio impellit & mouet mulieres, vt syncerè & fideliter dicant testimonium. Hanc opinionem quod mulier possit esse testis in criminalibus causis, sequuntur & approbant *Gom. z. tomo. 3. resol. c. 12. num. 13.* vbi notat ab hac opinione in judicando & consulendo non esse recedendum. Eandem sententiam defendunt *Decius ad l. 2. in princ. ff. de R. I. Vigl. ad §. testes. Inst. de test. ord.* Et hæc sententia quod mulier in causis criminalibus testis esse possit, communi Doctorum calculo est recepta, vt testatur *Tobias Nonius ad §. testes autem. nu. 18. Inst. de testa. ordin.* Planè Iure Canon. aliud receptum est, nam eo jure in causis criminalibus testis esse non potest mulier. *c. forus. ex. de verb. sign.* vbi addit rationem Pontifex, quia varium & mutabile testimonium semper fœmina producit Concord. *c. mulierem. 33. qu. 5.*

ASSERTIO XCI.

Parentes & liberi neque pro se, neque contra se testimonium dicere possunt.

PARENTES & liberi neque aduersus se, neque pro se testimonium perhibere possunt. *l. parentes. 5. C. de testib. l. testis idoneus. 9 ff. eodem.* Ratio

prioris

prioris est, quia liberi debent honorem & reuerentiam suis parentibus, vnde contra eos testimonium dicere prohibentur. Ratio posterioris est, ne sibi quis quodammodo dicat testimonium, cum pater & filius largè reputentur pro vna eademque persona. *l. vlt. C. de imp. substit.* Porrò non modo inuiti, sed ne quidem volentes possunt dicere testimonium inter se parentes & filii. Quinimò nec contra volentes potest dici testimonium, licet pater & filius consentiant, vt aduersus se dicatur, quia hoc casu judex eos repellet à testimonio, ne scandalum inter eos oriatur. Ita notat *Accurs. in d. l. parentes*, quem omnes sequuntur *arg. l. quos prohibet. ff. de postul. & l. alia causa. 14. §. 1. ff. Solut. matr.* A quâ tamen sententia discedit *Zasius lib. 1. sing. resp. c. 11.* qui existimat patre consentiente posse filium aduersus se dicere testimonium, eo quod reuerentiæ nexus hic non violetur, ne consentienti fiat vlla injuria. Verum probabilior videtur Accurs. sententia, quod omnino testimonium inter eas personas sit interdictum, quia tex. in *d. l. parentes*, non dici repelli posse testem, seu excipi aduersus eum, quo casu posset non excipiendo & non repellendo tolerari testimonium, sed in totum ne quidem volentes eos admittendos esse ostendit.

Objicitur huic assertioni *l. etiam. 16. & l. Imperatores, antepenult. §. 1. ff. de probat.* vbi parentes & filii inter se testimonium dicunt. Resp. Pro ætate vel natiuitate filiorum probanda, parentes pro liberis in testes admittuntur, quia hæc certissimè eis nota sunt. Verum in hoc casu non plenam probationem faciet testimonium parentum, sed tantum præsumptionem adferet pro filiis, ita vt judex inde ansam veritatis latius indagandæ & inquirendæ arripiat.

Secundò aduersatur. *l. qui testamento. 20 §. per contrarium. ff. de testa.* vbi pater potest esse testis in testamento filiifam. ante missionem testamentum facientis. Resp. Hoc in testamentis ideo procedit, quia hoc casu nullum commodum acquiritur filio per testimonium patris, sed hoc tantum agitur, vt testamentum sortiatur effectum. Itaque in judiciis merito paternum testimonium reprobatur, cum ibi de commodo producentis agatur.

Tertiò opponitur *c. 3. ex. Qui matr. accus. poss. l. de tutela. C. de in integrum rest.* vbi in casu matrimoniali ad probandam consanguinitatem parentes & consanguinei admittuntur in testes. Resp. Hoc speciali casu parentes pro filiis admittuntur in testes, quia melius sciunt suam consanguinitatem proximi, quam extranei. Hæc autem exceptio ita est intelligenda, si quæstio sit, an matrimonium propter consanguinitatem sit prohibitum nec ne. Nam si quæstio esset de ipso consensu, id est an reipsa matrimonium contraxerint, non essent parentes idonei testes, quia suspecti sunt: vt puta pater deponens filiam suam nobiliori & ditiori nupsisse; sine dubio propensior esset ad testan-

d testandum pro filia, quam pro sponso filiæ. in causa autem consanguinitatis aut simili ideò admittuntur; quia eam melius scire possunt quam extranei. *c. super eo.22.ex. te de testib.*

ASSERTIO XCII.

Neque testi injurato creditur, neque vni testi fides adhibetur.

DVÆ sunt hujus assertionis partes, comprobatæ in *l. jurisjurandi.8. C. de testib.* In prima constituitur quod testi sine juramento non creditur. Quod optima ratione introductum est, vt scilicet testes timore Dei, conscientiæ synceritatem reseruantes, veritatem bona fide attestentur. Iurare autem debent testes de veritate dicenda pro vtraque parte, & super tota controuersia, item de omnibus iis, quæ interrogabuntur. Ita tradit *Accurs. in d.l.* *arg.§. præterea nulli. Nou.123.*

Opponitur *Auth. sed judex. C. de Episc. & cle.* vbi Episcopo injurato creditur. Resp. Ab hac regula excipitur Episcopus, fauore enim religionis ejus testimonio fides adhibetur, licet non juret.

Secundò aduersatur, quod testes etiam injurati admittantur ad testimonium, si à partibus remittatur jusjurandum, nam & consensu partium remitti potest à testibus jusjurandum. *arg. l. 1. ff. de feriis.* tex. rotundus in *cap.* *tuis 39. extra. de testib.* Resp. Quilibet potest juri pro se introducto renuntiare. *l. penult. C. de pact.* Ideoque aduersarius potest renuntiare juri suo, quod videtur pro se esse introductum, ne credatur contra eum testi injurato.

Tertiò opponitur. *l. 1. ff. de ventr. insp.* vbi creditur obstetricibus etiam injuratis, renuntiantibus an mulier sit prægnans, nec ne. Resp. Excipiuntur & ab hac generali decisione obstetrices. Quoties enim tractatur de ventre inspiciendo, hoc est, quando quæritur, an mulier sit prægnans nec ne, tunc creditur obstetricibus etiam injuratis, renuntiantibus mulierem esse prægnantem vel non. *d.l.1.* Quod tamen ita exaudit ibi Accurs. vt non præstent juramentum veritatis, sed sufficiat ab iis juramentum credulitatis præstari, quod scilicet credant & existiment se ita rem habere. Sic enim omnibus artificibus peritis in arte sua, attestantibus secundum regulas suæ professionis, se existimare verum esse quod dicunt, fides adhibetur. Vnde & creditur medicis seu chirurgis, si asserant vel existiment vulnus esse lethale. *c. significasti. extra de homicid. l. semel. 6. C. de re milit. lib.12.*

Secundò in hac assertione hæc statuitur regula, quod vni testi perhibenti testimonium non credatur. Vox enim vnius, vox nullius est, vt inquit

Baldus. Quod & diuina lege cautum est. *Leuit. 35. & Deut. 17.* hisce verbis. In ore duorum aut trium peribit, qui interfecerit. Iuxta os autem vnius testis nemo interficiatur, & rursus *cap. 19. Deutero.* In ore duorum vel trium stabit omne verbum, quod Christus repetit *Matth. 18.* Nam cum regulariter ad probationem validam requirantur duo testes. *l. vbi numerus. ff. de testib.* vnus testis non sufficit, etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat, id est, etiamsi sit senator. *d. l. 8.*

Objicitur *Nou. 73. §. certè si ad vnum. & l. si quis decurio. 21. C. Ad l. Corn. de fals.* vbi creditur vni tabellioni. Resp. Sic enim ait Imp. Constantinus, quod scripturæ veritas, si res poposcerit, per ipsum Tabellionem probari debet. Propter publicum officium quod sustinet Notarius, ei soli fides adhibetur, si fortè manu ejus instrumentum scriptum esse negetur, & ipse affirmet se scripsisse, tunc enim instrumenti vel scripturæ veritas per solum Notarium probatur.

Secundò opponitur. *l. vice. 20. & l. in donationibus. 31. C. de donat.* vbi donatio vno teste probatur. Resp. Excipitur hic casus ab hac regula. Si quis enim vice donatoris, voluntate ejus subscribat donationi scriptæ, donatio rata erit, & ad probationem ejus vnus testis sufficiet.

Tertiò opponitur *can. cum itaque. dist. 4. de consecrat.* vbi vni testi creditur. Resp. Quoties nemini fit præjudicium, tunc vni testi jure creditur, vt puta si per vnum testem probetur aliquem esse baptizatum, aut egisse pœnitentiam.

Quartò opponitur. *l. Theopompus. ff. de dot. præleg.* vbi vni testi fides adhibetur, cum testator jussisset filiæ suæ dotem dari ex arbitrio vnius personæ. Resp. Vni testi creditur, quando partes ita inter se conuenerunt, vt super contractu vel pacto stetur vnius dicto, vel quando testator mandauit, vt vnius dicto plena fides adhibeatur. *d. l. Theopompus. & ib. Bart.* Vide aliter eam L. explicatam apud *Alciatum Lib. 2. Parerg. c. 19.*

Quintò obstat. *l. 5. §. ne tamen. ff. de reb. eorum, qui sub tut. & c. cum parari. 19. ex. de appellat.* vbi vnus testis quoque plenam fidem meretur. Resp. Hoc speciale est in apparitore magistratus, cui propter publicum munus creditur aliquid renuntianti judici.

Sextò obstat. *l. 3. C. de reb. cred. & c. super eo 22. extra. de testib.* vbi vni testi aliqua fides adhibetur, quatenus facit semiplenam probationem aut præsumtionem. Resp. Quod dicitur in *l. 8. C. de testib.* vnius testis testimonium omnino non audiri, hoc respectu plenæ probationis accipiendum est, admittitur tamen vnus testis ad semiplenam probationem seu præsumtionem inducendam. Ita tradunt *Salyc.* & communiter *DD in d. l. jurisjur. 8. C. de testib.*

Vltimò obstat. *l. non omnis. 5. §. à barbaris. ff. de re milit.* vbi creditur vnius militis dicto, qui bonus ante æstimatus fuit, si se captum ab hostibus dicat,

on verò ad hostes transfugisse. Hoc casu vni testi, & quidem in propriâ causa testanti fides adhibetur. Resp. Ideò creditur militi attestanti se captum esse, non transfugam, quia quilibet in dubio præsumitur bonus, nisi malus probetur, ideoque ei dicenti se non esse transfugam creditur, quia antea bonus æstimatus est, nihilque ei sinistri objicitur, deinde hoc ejus testimonium nulli nocet, alioqui in re propria ad sui commodum, & alterius damnum testimonium dicere, nulla juris ratio permittit. *Coras. lib. 3. Miscel. c. 7.*

ASSERTIO XCIII.

Omnis judex potest testem, qui apud se falsum testimonium dixit, pro qualitate criminis punire.

DECISIO hæc comprobatur in *l. nullum. 12. C. de testib.* vbi expresse sancitur, quod judex potest falsum testem pro arbitrio suo, juxta qualitatem delicti punire, licet testis non sit de jurisdictione ejus, vel possit propter priuilegium seu dignitatem, jurisdictionem ejus declinare. Ratio huius decisionis est, quia sortitur aliquis forum etiam ratione delicti. *l. 1. C. vbi de crim. agi oport. Nou. 69. c. 1.* & reatus omnem dignitatem & honorem excludit. *l. 1. C. Vbi Senat. vel clariss.* Quia igitur testis apud hunc judicem deliquit, falsum testimonium perhibendo, apud eundem sortitur forum, & cum sponte apud eum testimonium dixerit, videtur in eum judicem consensisse, & fori præscriptioni, si quam habet, renuntiasse.

Contra hanc decisionem objicitur. *l. Diuus. 31. ff. Ad l. Corn. de fals.* vbi dicitur, eum qui produxit falsum instrumentum, esse puniendum à judice, si ea pœna sit infligenda, quæ excedat jurisdictionem ejus judicis: tunc eum scribere debebit ad Principem; Vnde apparet pœnam falsi non imponi à quocunque judice. Pro solutione dicendum est, quod regulariter verum sit quod in contrarium objicitur, sed ex *d. l. nullum. C. de testib.* & ex *Nov. 90. c. 1.* excipitur specialiter hic casus odio falsorum testium. Vt enim testes magis vereantur judicem, apud quem testimonium dicunt, & facilius veritati consentaneum testimonium ferant, placuit eos illi judici subjici, & ab eo propter falsa testimonia puniri posse. De intellectu & interpretatione huius assertionis. vide plenius differentes *Fachin. lib. 9. controuer. jur. c. 26. Couarru. practicar. quæstion. c. 18. Menoch. de arbitr. judic. lib. 1. quæst. 91. Delrio in Miscell. in annotationibus ad d. l. nullum. C. de testib.*

ASSERTIO XCIV.

Rusticitas in delictis regulariter non excusat, neque juris ignorantia rusticitati prodest.

PRIOR assertionis pars, quod scilicet rusticitas seu imperitia rusticos delinquentes non excuset, confirmatur euidenter per *l. 2. C. de in jus voc.* vbi statuitur, quod si libertus patroni filium in jus vocauit, non petita à Prætore venia, quod in eum detur quinquaginta aureorum judicium, nec in ea re rusticitati venia præbeatur. Similiter traditur in *l. 1. C. de interd. matri. int pupil. & tuto.* vbi prohibetur, ne tutor pupillam suam ducat in vxorem, & si fortè per imperitiam vel rusticitatem tutor pupillam duxerit, tamen hoc matrimonium non valet.

Verum prædictæ decisioni vehementer obstat. *l. si quis. 7. §. doli. ff. de jurisd.* vbi proponitur, quod si quis per imperitiam vel rusticitatem album Prætoris corrupit, quod à pœna seu actione albi corrupti excusationem mereatur. Adhæc in *l. 2. ff. Si quis in jus voc. non ierit.* constituitur, quod si vocatus in jus à Prætore contumax sit, & propter rusticitatem vel imperitiam vocationi non pareat, quod pœna ei remittatur. Resp. Aut rusticus errauit circa dispositionem juris ciuilis aut positiui, quod naturali ratione non firmatur, & tunc delinquens à pœna excusatur, in illis scilicet casibus, qui jure nominatim sunt comprehensi. Sic à pœna albi corrupti excusatur quis propter rusticitatem, quia ad vindicandam Prætoris auctoritatem pœna istius actionis jure ciuili est introducta. Similiter à pœna contumaciæ vocatus in jus propter rusticitatem quis excusatur, quia iste contemtus neglectæ citationis magis respicit damnum litigatoris, quàm injuriam magistratus. Aut vero errauit rusticus in iis, quæ jure naturali sunt introducta, & tunc immunitatem à pœnâ non meretur. Vnde si libertus sine venia magistratus vocauit patronum in jus, non excusatur à pœna, quia naturali ratione libertus patronum colere & obseruare debet, cujus beneficio libertatem accepit. Ideoque non debuit temerè veniâ à Prætore non petita contra eum actionem intendere, *d. l. 2. C. de in jus voc.*

Quod ad secundam assertionis partem attinet, quod scilicet regulariter juris ignorantia rusticis non prosit, ea comprobatur satis ex generali regulâ, quod leges sacratissimæ, quæ constringunt omnium hominum vitas, ab omnibus intelligi debent, vt vniuersi earum præscripto cognito, vel prohibita declinent, vel permissa sectentur *l. leges 9. C. de legib.* Similiter hæc sententia comprobatur per *l. regula. §. sed juris. ff. de jur. & fact. ignor.* vbi pro regulâ

gula traditus, quod juris ignorantia non prosit, si sit ICtorum copia, quos is consulere potuit, vel si ipse satis jurisprudentiâ suâ sit instructus. Quis verbis IC. vult dicere, quod parcendum sit rusticitati & imprudentiæ in ris ignorantiâ; sed hoc fieri per rarò & certis tantum casibus in jure expres, idque eâ conditione tantum, si non habuerint rustici facultatem peritios consulendi.

Aduersatur huic decisioni. *l. penult. C. Qui adm. ad bo. poss.* vbi constituir, quod si propter imperitiam vel rusticitatem non petit quis bonorum ossessionem intra tempus à lege præscriptum, quod per hoc sibi non præjucet, sed nihilominus elapso tempore ad bonorum possessionem admittatur. esp. In isto demum speciali casu ignorantia juris prodest rusticis, quando on adfuit illis ICtorum copia, quos in consulendo adhibere potuerunt. Si im habuerunt facultatem consulendi peritiores, & ignorantiâ juris passi nt tempus petendæ bonorum possessionis elabi, juris ignorantia eis non odest. *l. in bonorum 10. ff. de bon. poss. l. 2. §. vlt. ff. Qu. ord. in bon. poss. serv.* summa juris ignorantia in rusticis tum demum excusationem meretur, si rata fuit ICtorum copia, quos ipsi consulere potuerunt. Adhæc rusticis ermissum non est jus ignorare, nisi certis tantum casibus, qui legibus nomiatim comprehenduntur. *d. l. regula. §. sed juris.* Sic rusticitati parcitur, si is corrupit album Prætoris *d. l. 7. §. doli. ff. de jurisd.* Sic rusticitas excu, si quis propriâ confessione se detulit in fiscum. *l. 2. §. vlt. ff. de jure fisci.* Sic stico subuenitur, quando non edidit jura & rationes, quamuis à judice edejussus sit, *l. 1. §. vlt. ff. de edend.* Denique à pœnâ SC. Syllaniani excuntur rustici, qui propter rusticitatem vel ignorantiam, ignari edicti Præris, tabulas testamenti aperuerunt, ante institutam de seruis quæstionem, & pplicium ab iis sumtum, si dominus à familiâ occisus esse dicatur. *l. si quis graui. §. si quis ignorans. ff. ad SC. Sylla.* Extra hos casus à legibus specialit comprehensos; rusticis propter ignorantiam juris non subuenitur. Ita trant *Costal. ad l. si quis. 7. ff. de jurisd. Cujac. lib. obs. 5. cap. penult. Alcia ad l. C. de in jus voc. Menoch. de arbitr. jud. quæst. cas. 194.*

ASSERTIO XCV.

Nuptiæ siue matrimonium, est viri & mulieris conjunctio, consortium omnis vitæ, indiuiduam vitæ consuetudinem continens.

HÆc definitio matrimonii traditur ab Imp. Iustiniano in *princ. tit Inst. de nupt.* & à Modestino IC. recitatur in *l. 1. ff. de ritu nupt.*

Opponitur hoc argumentum. Libera fuerunt apud Romanos diuortia, ita vt etiam pœnis nullis impediri potuerint, ſicut & libera fuerunt matrimonia. *l. ſi ſtipulatio. 19. ff. de V. O. l. Titia. 134 ff. eodem.* Ergò matrimonium non eſt indiuidua conjunctio. Reſp. Hæc verba, indiuidua vitæ ſocietas, ad animum & votum contrahentium referenda ſunt quaſi contrahentes eo animo & voto ſint, vt nunquam dirimatur matrimonium, ſed perpetuò conjuncti maneant conjuges vſque ad mortem *l. 1. ff. de jur. dot.* Votum de conjunctione conjugali perpetuum & indiuiduum eſt, licet ſucceſſus non ſemper reſpondeat propoſito.

Secundò objicitur, quod definitio hæc latior eſt ſuo definitio, quia conuenit etiam concubinatui, quia poteſt quis cum concubinâ ſuâ indiuiduam vitæ conſuetudinem perpetuo ſeruare. Ergo eſt vitiosa definitio. *l. 1 ff. de dol. mal.* Reſp. Per hæc verba, indiuiduam vitæ conſuetudinem continens, ſatis excluditur & diſtinguitur concubinatus à nuptiis. Et ſi enim in concubinatu animus perpetuo cohabitandi adſit, pœnitere tamen, diuidique poſſunt concubinarii etiam ſine causâ, ſi velint. *l. 1. ff. de concub.* Quod non obtinet ſimiliter in matrimoniò, nam qui matrimonium contrahunt, talem habent animum, vt perpetuo vnà viuere velint, ſcientes quod etſi eorum animus mutetur, tamen reſilire non poſſint à matrimonio, niſi ex grauibus & juſtis cauſis à legibus permiſſis. Porro licet jure Codicis certis de cauſis permiſſa ſint diuortia. *l. conſenſu. C. de repud.* Iure Canonico tamen quod ſequimur in cauſis matrimonialibus, ob infidelitatem tantum permittitur diuortium, ſi ſcilicet ex conjugibus alter fuerit infidelis, & noluerit cohabitare cum fideli, tunc fidelis poterit nubere alteri, etiam infideli viuente *c. quanto. ext. de diuort.* Ob adulterium vero non ſoluitur matrimonium jure Pontificio. *c. licitè. 32. qu. 7.* Manent enim conjuges, & fit ſeparatio tantum quoad thorum & menſam, ſed non tollitur vinculum matrimonii. Vnde non conceditur ſeparatis poteſtas noui conjugii. Sed in Eccleſiis reformatis ex verbo Dei innocenti perſonæ, quæ propter adulterium diuortium fecit, permittitur ſecundas nuptias contrahere, dummodo primo ſerio tentata ſit reconciliatio inter adulterum, & partem alteram innocentem, eaque ſucceſſum habere non potuit. *Matthæi. 19. VVeſenb. in parat. ad tit. de diuort. in fin.*

Tertio aduerſatur definitioni, quod in veteri teſtamento multi ſancti viri plures vxores habuerunt, & quod hoc tunc temporis Deus tolerauerit. Ergo matrimonium non eſt indiuidua & perpetua vnius viri & vnius mulieris conjunctio. Reſp. Tertullianus vocat polygamiam patrum, licentiam paſſiuam. Deus enim non approbauit Polygamiam patrum, ſed tolerauit tantum, ideoque exempla eorum non ſunt imitanda, quia expreſsè polygamia lege Moſaycâ prohibita eſt. *Geneſ. 1. & 2.* ad quam legem nos reuocat filius Dei, *Matthæi. 19.*

Poſtremo

Postremò objicitur hoc modo. *Si consortium* omnis vitæ esset in matrimonio,& societas quædam inter conjuges contraheretur , jam sicut in sociis nus tenetur pro altero ex rebus communiter gestis, ita etiam maritus tenetur ex contractibus vxoris , & vxor ex contractibus viri. Sed non tenetur lter pro altero,neque vxor potest conueniri ex contractu mariti,& vice versa naritus non potest ex contractu vxoris inquietari *l.1.& l.ob maritorum* C.Ne x.*pro mari.l.1.C.ad l.Iul.de vi publ.* Ergo nulla censetur inter conjuges conacta societas. Resp. Vera legitimaque societas non est inita inter conjuges, ualis describitur in *tit. Pro socio,* sed tamen communicatio quædam indiuiua vitæ & bonorum hic interuenit:quia salua honestate nihil diuisum inter onjuges est, sed promiscuum omnium rerum vsum esse oportet , licet nulla t obligatio,quâ alter alteri ad communicationem obstringatur. Huc facit *1. & tot. tit. ff. Rer.amo.* vbi traditur,quod non detur actio furti,heredibus onjugis, si quid alter conjugum constante matrimonio ex rebus conjugis uertit, sed quod detur actio rerum amotarum,idque propter eam rationem, uia societas vitæ facit quodammodo vxorem dominam rerum mariti. *d.l.1.* imiliter nec crimen expilatæ hereditatis habet locum,si quid alteruter congum ex rebus defuncti conjugis abstulit. Ratio est,quia vxor socia est omium bonorum mariti. *l. pen. ff. expil. hered. l. aduersus. C. eod.* sed si ex deuncti conjugis bonis vxor quid auertit conuenietur vxor rei vendicatione, el actione ad exhibendum. *d.l. aduersus.& l.1.C.de crim. expil. hered.* Hanc ententiam quod inter conjuges non vera societas, sed legalis quædam communio bonorum ex consuetudine patriæ in plerisque Belgij prouinciis contrahatur eleganter tradit & explicat Clarissimus IC. *Cornelius Neostadius in ract. pact. antenupt. obseru. 9.*

ASSERTIO XCVI.

Matrimonii institutio juris est naturalis & diuini, nullâque lege vsus conjugii prohiberi potest, etiam ministris Ecclesiæ.

OMNIBVS quibus non est donum continentiæ à Deo datum,jure diuino & naturali permissum est matrimonium contrahere. Sic enim dierte pronunciat Apostolus 1.*ad Corinth.7.vers.2.* Propter fornicationē suam uisque vxorem habeat, & proprium quæque virum habeat. Neque vlli ordini

ordini aut generi hominum facultas contrahendi conjugii legibus humanis auferri aut interdici poteſt. Vnde apparet grauiter errare, & contra ſeptimum Decalogi præceptum, non fornicaberis, apertè delinquere Papiſtas, dum maximæ parti hominum, puta præsbyteris, monachis & virginibus veſtalibus monaſterio incluſis conjugii vſum interdicunt. Non enim vota cœlibatus mandatum aut ordinationem Dei tollere poſſunt, quod ita habet. Propter fornicationem vitandam vnuſquiſque ſuam vxorem habeat. Imò expreſſe etiam ipſis Apoſtolis permiſſum fuiſſe vxores ducere, teſtatur Apoſtolus Paulus *1. ad Corint. 9.* hiſce verbis. Annon habemus poteſtatem vxorem ſororem circunducendi, vt & reliqui Apoſtoli & fratres domini, & Cephas? vbi apertè traditur Cepham. *h. e.* Apoſtolum Petrum vxorem habuiſſe. Quod & manifeſtè probatur ex *1. cap. Marci*, vbi Seruator noſter Ieſus Chriſtus ſocrum Petri febricitantem à morbo liberauit, Ad hæc *Ambroſius ſuper epiſt. 2. ad Corint.* dum exponit Apoſtoli verba. Deſpondi vos vni viro virginem caſtam exhibere Chriſto, ait omnes Apoſtolos fuiſſe in coniugio præter Paulum & Ioannem. Vnde & in ſynodo Nicæna Paphnutius Epiſcopus, qui erat expers nuptiarum, pronuntiauit caſtitatem eſſe cum propria vxore concubitum vt habetur in *tripart hiſto. lib. 2. cap. 14.* & apud *Sozom. lib. 1. hiſt. eccl. c. 21.* Quinimo & legibus naturalibus, omniumque gentium, promiſcuè vſus conjugii quibuſuis hominibus eſt conceſſus, vt liquido patet ex. *l. 1. §. 2. ff. de juſt. & ju. Inſt. de ju. nat. gent. & ciui. in prin.* Ideóque nullis legibus Pontificiis, ciuilibus, aut humanis, imo nec pactis aut conuentionibus hominum, nulloque pœnæ vinculo libera facultas cõtrahendi matrimonii conſtringi aut coërceri poteſt. *l. Titia. 134. de V. O.* quia jura naturalia diuinâ prouidentiâ conſtituta perpetua ſunt & immutabilia. *§. penul. Inſt. de ju. nat. gent. & ciuil.*

Objiciunt Papiſtæ primo pro defenſione voti cœlibatus, quod in genere lege diuinâ ſancitum eſt, peccatum committi ab hominibus, ſi votum ſemel emiſſum non ſeruetur, ad quod probandum citant locum *Deutero. 23.* vbi ita habetur. Si voueris votum Iehouæ Deo tuo, ne differto ſoluere illud, nam omnino repoſceret Iehoua Deus abs te, & eſſet in te peccatum. *Reſp.* Deus non omnium votorum, ſicut etiam non omnium juramentorum, qualiacunque ea ſint, impletionem ſub interminatione æternæ damnationis exigit, vt de juramento Saulis de occidendo filio Ionathan. *1. Samuel. 14.* traditur; Item de juramento Dauidis de perdendo Nabale, cũ omnibus quæ ejus erant, *1. Samuel. 25.* & de jurejurando Herodis, *Matth. 14.* proponitur. Cum igitur opiniones annexæ votis cœlibatus, ſint impiæ & blaſphemæ, & repugnent verbo Dei, *1. ad Corint. 7. 1. ad Timoth. 5.* nequaquam cum hujuſmodi impiis opinionibus cultus ſcilicet diuini, & meriti, ſeruanda ſunt vota cœlibatus.

Secundò

Secundò opponunt Pontificij pro defensione voti cœlibatus seu continentiæ, locum. *1. ad Timoth. 5.* vbi Paulus viduas quæ semel in ministerium Christi receptæ sunt, nubentes, priorem fidem abnegasse dicit. Verba Apostoli hæc sunt. Viduæ cum lasciuire cœperint aduersus Christum, nubere volunt. Ex eo damnandæ, quod primam fidem rejecerint. *Resp.* Illis verbis, Viduæ postquam lasciuire cœperint aduersus Christum, iterum nubunt, Apostolus intelligit, quod scilicet amisso pudore omnem honestatis curam abjiciunt, & ad omnem lasciuiam se prostituunt. Præterea Apostolus illic eam ætatem præscribit, quæ sit communiter extra periculum incontinentiæ, nam solas mulieres sexagenarias admittit ad diaconissas, vt pauberibus ministrent. Itaque Paulus velle viduas post votum nubere, non simpliciter damnat, sed lasciuiendo contra Christum & abjectâ fide velle nubere, hoc verò damnat. Ita tradunt *Caluin. lib. 4. Institut. c. 13. Chemnicius in examine Concilij Tridentini, in loco de cœlibatu & virginitate cap. 9.*

Tertiò aduersatur locus 1. *ad Corinth. c. 7. vers. 1.* vbi inquit Apostolus. Bonum fuerit viro mulierem non attingere. *Resp.* Bonum ibi non significat honestum, quod opponitur malo, sed expediens & commodum, propter tot molestias & sollicitudines, quæ conjugatos manent. Itaque quod ibi bono opponitur, Paulus Apostolus vocat tribulationem & afflictionem carnis, Nec dicit simpliciter bonum esse, sic manere vt ego sum, sed bonum est propter vrgentem necessitatem. *vers. 26. ejusdem cap.* Ita hunc locum eruditè post Augustinum explicant *Erasmus & Beza d. c. 7.*

Denique hanc sententiam, quod voto cœlibatus homines non sint necessario adstricti, sed liceat iis etiam post pactum cœlibatus, si continere non potuerint, nubere & matrimonium contrahere, saniores & orthodoxi patres approbant. Quod confirmat inter alia multa testimonia, celebris illa & nota *Cypriani* sententia, quæ extat *lib. 1. epist. c. 11.* Si virgines sese ex fide Christo dicauerunt, publicæ & castæ sine vlla fabulâ perseuerent, & ita fortes & stabiles præmium virginitatis expectent. Sin autem perseuerare nolunt aut non possunt, melius est vt nubant, quam vt in ignem suis deliciis cadant. Certè nullum fratribus aut sororibus scandalum faciant. Hæc manifesta est sententia, virginibus etiam quæ voto virginitatis semel se obstrinxerunt, si postea ita perseuerare non possint, imò etiam si nolint perseuerare, melius esse nubere quam vri, vel scandalum dare lasciuiendo. Plura insignia testimonia Patrum, quibus vota cœlibatus rejiciuntur & improbantur, citat & allegat *Chemnic. d. c. 9. de cœlibatu & virginitate, in examine Concilii Tridentini.* Illud obiter notandum, quod primus Papa Syricius, (qui vixit circa annum Domini 400. & Ambrosij ætate,) definiuit & sanxit sacerdotes cœlibes manere oportere, cui deinde suffragatus est Papa Calixtus, de quo isti versus cantantur:

O bone Calixte totus mundus perodit te,
Quondam præſbyteri poterant vxoribus vti
Hoc destruxiſti, poſtquam tu Papa fuiſti.

Planè ante illa tempora præſbyteros fuiſſe conjugatos, comprobatur exemplo Gregorij Nazianzeni, qui fuit doctor facundiſſimus, cujus pater Epiſcopatum geſſit in Eccleſia. Et de eo canit Baptiſta Mantuanus, vt refertur in libro 4. Catalogi teſtium veritatis. Præſule patre ſatus (nam tunc id jura ſinebant) Paſtorale pedum geſſit poſt funera patris.

ASSERTIO XCVII.

Liberi naturales per ſubſequens matrimonium legitimantur, etiamſi dotalia inſtrumenta non interuenerint.

DISPVTATVR inter DD. An ſi pater cum eâ muliere quam prius concubinæ loco habuit, poſtea nuptias contraxit, ſi dotalia inſtrumenta non interuenerint, liberi tamen nihilominus fiant legitimi. Et verior probabiliorque eſt ſententia, liberos nihilominus effici legitimos, licet dotalium inſtrumentorum confectio non interuenit. Nam beneficium legitimationis liberorum à Iuſtiniano non inſtrumentis dotalibus aut doti tributum eſt, ſed nuptiis, & juſtæ ſequenti conjugali conjunctioni. Proinde vbicunque conſtabit nuptias eſſe contractas, idem beneficium locum habebit, *l. in omnibus cauſis 68. ff. de R.I.* Perficiuntur autem nuptiæ ſolo contrahentium conſenſu, & dos quidem ſine nuptiis conſiſtere non poteſt, at nuptiæ ſine dote & dotalibus inſtrumentis eſſe poſſunt. *l. nuptias. ff. de R.I. §. nuptias. Nouel. de nupt. l. 3. ff. de Iur. dot. l. vlt. C. de donat. ante nupt.*

Sed grauiter obſtat. *l. cum quis. 10. & l. nuper. 11. C. de natu. lib. §. vlt. Inſt. de nupt.* in quibus locis Iuſtinianus dicit ſe hoc beneficium tribuere iis, qui dotalia inſtrumenta cum muliere fecerint, ſeu qui ad dotalia inſtrumenta peruenerint. Reſp. Iuſtinianus non ad ſubſtantiam, ſed ad probationem matrimonii tantum exigit dotalia inſtrumenta, ne quid hic à conjugibus ſimularetur ad ſtatum liberorum confirmandum, cum illis temporibus non aliter certò ſoleret conſtare nuptias ſeriò fuiſſe contractas, quam dotalibus inſtrumentis interpoſitis, quam & cauſam Imperator ipſe reddidit in *§. illud quoque Nou. 74. Quib. mod. natur. eff. ſui.* Hodiè autem moribus noſtris, cum in publico Eccleſiæ cœtu matrimonia publicè contrahi debeant, & à miniſtris publicis piiſque precationibus benedici, ita vt de iis dubitari non

poſſit,

possit, nihil amplius ad fidem matrimonii, & confirmationem liberorum exigendum est. Eaque sententia hodiè magis recepta & approbata est jure Canonico, in *c.tanta. extra. Quib.fil.sint legit.* Quod jus Canonicum in materia matrimonii, tanquam spirituali, judicando & consulendo sequimur *c. penult. & vlt. ex. de secund. nupt.* Verior itaque & sanior est opinio, quod hodiè instrumentorum dotalium confectione opus non sit, quoties per subsequens mattimonium liberi legitimantur, sed quod solo consensu tale matrimonium perficiatur. *l. penult. C. de incest. nupt.* Quinimò cum matrimonia vsque ad extremum vitæ spiritum solo consensu rectè contrahantur. *l. hoc genus 105. ff. de cond. & demon.* Ideò etiam in extremo articulo mortis hoc modo nuptiis cum concubinâ solâ voluntate & professione confectis, liberi legitimari possunt. Ita decidunt *Baldus in Auth. licet C. de nat. liber. Angel. & VVesenb. ad §. vlt. Inst. de nupt. Iason in l. sed est quæsitum num. 5. 6. & 7. ff. de lib. & posth. Donel. 2. com. jur. c. 21. in fine. Cujac. lib. 13. obseru. 4. Vachinæus* autem *libro 3. controuer. c. 51.* decidit jure Canonico liberos quidem per subsequens matrimonium legitimari, sed non jure ciuili, quando non interueniunt dotalia instrumenta.

ASSERTIO XCVIII.

Sponsi de præsenti non aliter participant lucra dotalia, nisi matrimonium copulâ fuerit consummatum, vel deductio in domum secuta.

QVÆRITVR, Vtrum si sponsalia per verba de præsenti sint contracta, neque secuta fuerit traductio in domum mariti, nec copula carnalis, sponsi sint participes lucrorum, quæ alterutro moriente ex statutis superstiti debentur? Et verius est, legibusque magis consentaneum, sponsos de præsenti non aliter participare lucra dotalia, nisi matrimonium copula fuerit consummatum, vel sponsa in domum mariti deducta. Rationes decidendi sunt, quia videtur facta promissio seu datio dotis, sub conditione, si ipsa virgo ducatur in domum, & sequatur copula, prout fieri solitum est ab omnibus. *argum. l. stipulationem. 21. l. non enim. 37. l. promittendo. 41. in princip. ff. de jure dot. l. cum veterum. C. de donat. ante nupt.* Vnde cum impleta non fuerit conditio, debet cessare lucrum & acquisitio ipsius dotis. Altera ratio est, quia mens statuti defert lucra nuptialia in compensationem onerum matrimonii, onera autem non subit maritus ante contractum re ipsâ

matrimonium. *l. pro oneribus 20. C. de jur. dot. l. si quis pro vxore. 21. §. 1. ff. de donat. int. vir. & vx.*

Objicitur primò, quod conjuges sint inter se socii rerum diuinarum atq; humanarum. *l. aduersus C. de crim. expil. hære. l. 1. ff. de rit. nupt.* & infortunia vnius debent esse communia alteri. Quæ ratio etiam in sponsa de præsenti locum habet. Resp. Tunc demum verè ipsa societas omnium commodorum & incommodorum incipit, cum matrimonium per copulam ad affectum est deductum. Nam tunc demum conjuges labores & operas suas communicant, præbent sibi mutuò solatia in rebus aduersis, & laborantibus opem ferunt, juxta dictum sacræ Scripturæ. Non est bonum homini esse solum, faciamus ei adjutorium quod sit coram eo. *Genes. 2. v. 18.*

Secundò repugnat regula juris, quod nuptias facit solus consensus, neque ad essentiam earum concubitus requiritur. *l. nuptias, 30. de R. I.* Ergo etiam ante copulam secutam sponsalia habentur pro vero matrimonio. Resp. Habentur quidem talia sponsalia de præsenti pro vero matrimonio, quoad vinculum matrimonii, ita vt ab hisce sponsalibus recedere non liceat etiam utriusque partis consensu. *c. si inter. ex. de sponsal.* Sed tamen is sponsus, qui stetit in meris finibus voluntatis, nec id compleuit, propter quod nubimus, mariti appellatione non censetur denominandus *c. 1. extra de frigid. & malefic. l. vlt. C. de sponsal.*

Tertiò opponitur. Statutum vt conjunx superstes lucretur dotem vel alia lucra dotalia, est fauorabile: atqui in fauorabilibus sponsa de præsenti vxoris loco habetur. *l. si sponsa. 74. ff. de iu. dot. l. lex Iulia. ff. de fund. dot. l. item apud. 15. §. sponsum. ff. de injuriis. l. 2. §. si sponsa. ff. de priu. cred. l. non sine ratione. C. de bon. quæ lib.* Resp. verba statuti debent accipi prout vulgo ex consuetudine loquendi accipiuntur. *l. Labeo. ff. de sup. leg.* Sed vulgo eum appellamus maritum, non qui tantum cum sponsa desponsatus est, sed qui cum effectu & re ipsa matrimonium compleuit. Ergo quamuis priuilegia nuptiarum ex certo fauore desponsatis plerumque competant, tamen cum agitur de dote viro applicanda, nulla ciuilis ratio permittit in præjudicium fœminarum de nuptis ad desponsatas fieri extensionem.

Quarto objicitur *l. penult. C. de incest. nupt.* Vbi dicitur, quod non licet mihi fratris vxorem ducere in conjugem, etiamsi cum ea non interuenerit carnalis copula, quia satis est inter eos interuenisse sponsalia de præsenti, vt sint vir & vxor. Resp. Propriè per sponsalia de præsenti non contrahitur affinitas, sed publica honestas & verecundia quædam introducitur, propter quam ab hujusmodi nuptiis abstinendum est. *l. si qua. 12. §. 1. ff. de rit. nupt. l. Seruius. 8. ff. de grad. & affin.*

Quinto

Quinto aduersatur. *l. si vxor. 13. §. Diui. ff. ad L. Iuliam de adult.* vbi etiam cum sponsa de præsenti committitur adulterium. Ergo si in odiosis sponsalia de præsenti habentur pro matrimonio, multo magis in fauorabilibus. Resp. Etsi committatur adulterium in sponsa de præsenti, tamen non dicuntur propterea sponsalia de præsenti verum esse matrimonium, quia additur in tex. nec spem qualemcunque matrimonii violare est permissum. Adde quod hoc propter publicam vtilitatem est introductum: publicè enim interest delicta non manere impunita, & pudicitiam coli. *l. ita vulneratus. ff. Ad l. Aquil.*

Sexto opponitur hoc modo. Si alicui relictum sit legatum sub conditione, si matrimonium contraxerit cum Titia, debetur legatum, si cum Titia contraxit matrimonium per verba de præsenti, etiamsi Titia ante consummatam copulam decedat. *l. cui fuerit. 15. ff. de cond. & demon.* Resp. Hoc verum est, si legatum ab extraneo aliquo relinquatur juueni vel puellæ: hoc enim debetur, statim vbi consensu matrimonium est peractum. Verum lucrum quod ex statutis superstiti conjugi debetur ex bonis prædefuncti conjugis, hoc non debetur, nisi matrimonium facto & re ipsa consummatum, quia debetur partim propter officia & obsequia sibi inuicem à conjugibus præstita, partim propter onera matrimonii nomine sustentata.

Septimò refragatur hoc argumentum. Donationes prohibitæ inter virum & vxorem, censentur etiam prohibitæ inter sponsos de præsenti. *l. penul. ff. de donat. int. vir. & vx.* Ergò & lucrum quod debetur superstiti conjugi ex bonis prædefuncti, statim ei acquisitum censetur, cum matrimonium consensu solo est peractum. Resp. Simplices donationes prohibitæ sunt inter conjuges vel sponsos de præsenti, sed hæc lucra dotalia de quibus hic agimus, non censeri debent puræ & simplices donationes, sed contrahuntur ob causam, scilicet in honorem benè transacti matrimonii. Ergo non debentur nisi matrimonium plenè & cum effectu sit consummatum, per ingressum thori maritalis.

Octauò objicitur. Dos non potest dici, vbi matrimonium non est contractum. *l. 3. ff. de jur. dot.* Sed quod sponsus accepit à sponsa, habet nomen dotis ante aliam consummationem. *l. 2. §. ult ff. de priu. cred.* Item priuilegium legis Iuliæ de fundo dotali habet etiam in sponsa locum, sicut in vxore, ne possit alienare fundum dotalem. Resp. Hæc non obstant assertioni nostræ, quia ea accipitur de lucro & commodo quod acquirit superstes ex bonis prædefuncti conjugis. Verum prædictæ leges loquuntur de iis bonis, quæ ob futurum matrimonium data sunt in dotem, hæc repetuntur justè, si matrimonium cum effectu non sit consummatum per copulam.

Postremò opponitur. *l. non sine. C. de bon. quæ lib.* vbi traditur, quod sicut quæsita seu donata à marito, vxor non acquirit patri, nisi quoad vsumfru-

ctum, sic nec quæsita à sponso. Resp. In eâ l. constituitur, quod ea tantum lucratur sponsa, quæ illi à sponso expresse donata sunt in testamento vel inter viuos, nihil verò disponitur ibi de lucris dotalibus, quæ ex consuetudine vel statuto superstiti conjugi debentur. Ita decidunt *Ferra. in pract. in for. libel. quo vxor agit ad dotem, in glossâ vxoris, quondam, num. 5. Anton. Guibertus de sponsal. cap. quid sint sponsalia. num. 8. & seqq. Sneidevv. ad Inst. lib. 3. tit. 1. in cap. de success. viri & vxoris. num. 121. Chass. in consu. Burg. rubr. 4. §. 6. in verbis femme mariée*, vbi refert ita in Parlamento Parisiensi fuisse judicatum, licet ipse videatur contrariæ sententiæ adstipulari, quod scilicet sponsi de præsenti etiam non secutâ copulâ gaudeant lucris dotalibus ex consuetudine vel statuto superstiti conjugi debitis. *Boër. decis. 22. num. 33.* vbi tradit de consuetudine à jure & à Doctoribus communiter approbatâ, requiri quod sponsa fuerit ad domum viri traducta, & ibi ipse vir cum eâ cubuerit, aut etiam alibi, licet carnaliter non fuerit ab eo cognita, pro qua sententia facit, quod dicitur, *Au coucher gaigne la femme son doüaire. Gujac. lib. 2. feud. tit. 9.*

ASSERTIO XCIX.

Polygamia omni jure tum diuino, tum humano prohibita est.

NON licet alicui Christiano duas pluresve vxores simul habere. Quæ sententia multis sacræ scripturæ testimoniis comprobatur, ex quibus hæc duo præcipua sufficiant. Primò adducitur tex. in *c. Genes. 2.* vbi Deus author & ordinator conjugii ita pronuntiat. Propter hoc relinquet homo patrem & matrem suam, & adhærebit vxori suæ, & erunt duo in carne vna. Non dixit tres vel plures, sed duo, nec dixit adhærebit vxoribus, sed vxori. Secundò hanc legem latam in prima conjugii institutione, Christus redemtor noster, in Nouo Testamento, *cap. 19. Matthæi* repetit, hisce verbis. Propterea relinquet homo patrem & matrem, & agglutinabitur vxori suæ, & qui duo fuerunt, erunt vna caro. Adhæc ibi subjungitur. Quod qui dimiserit vxorem suam, & aliam duxerit, mœchatur. Si vxore dimissa alia duci de jure non potest, longè fortius nec aliam ea retenta ducere fas erit. Quod ad jus ciuile attinet, hæc decisio satis manifestè conuincitur ex definitione matrimonii tradita in *l. 1. ff. de rit. nupt. & §. 1. Inst. de pat. potest.* vbi matrimonium definitur, quod sit maris & fœminæ conjunctio, indiuiduam vitæ societatem

continens

ontinens. His verbis *Maris & fœminæ*, ICtus ostendit matrimonium justum vnius maris & vnius fœminæ conjunctione constare, Imò & sacratissimis Imperatoribus Romanis polygamia displicuit, eamque grauiter detestati sunt. Sic in *l. 2. C. de incest. nupt. Impp. Diocletianus & Maximianus* rescripserunt, Neminem qui sub imperio Romano viuit, posse simul duas vxores habere. Adhæc ei, qui binas vxores vel bina sponsalia eodem tempore constituta habet, infamia irrogatur. *l. 1. ff. de his qui nota. infam.* Imò pœna stupri & adulterii tenetur. *l. eum qui duas, vbi gloss. & DD. C. Ad l. Iul. de adult.* Quinimò & pœna capitalis, hoc est gladii, in ordinationibus imperii in vtroque sexu in hoc genere delicti est decreta. *Ord. Imp. c. 121.* Vide *VVesemb.* paulò aliter distinguentem in *parat. ff. ad l. Iul. de adult. nu. 8. Menoch. de arbitr. jud. cas. 420. n. 96. & seqq.* qui statuit judicis arbitrio pro qualitate facti & personarum hos esse feriendos per text. in *l. 2. C. de incest. nupt.*

Sed objicitur, quod in veteri testamento multi sancti viri plures vxores habuisse leguntur. Sic Lamech duas accepit vxores. *Genes. 4. vers. 19.* qui primus digamus fuit, & legitimi conjugii corruptor. Sic Iacob duas habuit vxores vno & eodem tempore, Rachelem & Leam. *Genes. 29.* idque Deus tunc temporis tolerauit. Resp. Polygamia nunquam fuit jure diuino permissa, & talia patrum exempla non imitanda, sed admiranda sunt. ab initio enim non erat sic, vt inquit filius Dei *Matth. 19.* vbi nos reuocat ad primam institutionem conjugii, nempe quod debeant esse duo, & non plures in carne vna. Ergò quod primæ institutioni respondet, id rectum bonum justum ac Deo acceptum est. Nec refert quid Patres & alii homines fecerint, quia sequi oportet non hominum consuetudinem, sed veritatem Dei, teste Cypriano. Ideo autem Patres plures vxores simul habuerunt, propter promissum semen mulieris, quod contriturum erat caput antiqui serpentis, quod Patres summo desiderio expectabant & petebant, sicut Christus testatur *Lucæ. 10.* Vnde & Tertullianus in libro de Monogamia, vocat patrum polygamiam licentiam passiuam. Cum ergo Deus non probauerit patrum polygamiam, sed per conniuentiam tolerauerit tantùm, ideo illorum exempla non sunt imitanda. Et non tantum spectandum est, quid Romæ factum est, sed quid fieri debuit. *l. sed licet. 12. ff. de off. præs.*

Secundo in contrarium adducitur locus ex *cap. 19. Matth.* vbi traditur, quod Moyses permiserit maritis dare libellū repudii vxoribus suis & iis dimissis alias ducere. Ergo si hoc Moyses concessit Iudæis, electo Populo Dei, videtur polygamia aliquando licita fuisse, & per consequens Christianis non deneganda. Resp. In eodem loco mox subjicitur responsio ad hanc argumentationem, quod hoc Moyses non concesserit quasi licitum & rectum, sed propter duritiem cordis Iudæorum hoc genus repudii tolerauit,

& dissi-

& dissimulauit, tanquam leuius malum, ne grauius quicquam ab iis committeretur. Vnde ibidem Christus hanc licentiam tollit & abrogat, & ad primam institutionem conjugii nos reuocat, vt scilicet quilibet tantum vnam vxorem eodem tempore ducat, eique indiuiduo & perpetuo nexu vsque ad mortem adhæreat. Hoc solum nobis licitum & rectum censeri debet, quod lege diuina nominatim conceditur, cujus sola voluntas statuit boni & mali discrimen, cujusque lex tantum nobis esse debet sanctè piéque viuendi regula. Plura de hac quæstione eleganter disserentem. vide *Bezam in tract. de polygamiâ, & Martyrem in Classibus locor. commun. class. 2. c. 10.* & *in librum. 1. Samuelis, c. 25.* Dissentit *Bernardus Ochinus in libro de Polygamia,* quem accuratissimè refutauit *Th. Baza in eleganti tractatu suo de Polygamia. & Pet. Martyr in locis communibus. clas. 2. c. 10.*

ASSERTIO C.

Matris & tutorum consensus non requiritur de jure ciuili in sponsalibus vel nuptiis filiæ seu pupillæ.

DISPVTATVR inter DD. An etiam in puellæ sponsalibus vel nuptiis de necessitate requiratur consensus matris vel tutorum. Et statuendum est tanquam verius & probabilius de jure ciuili, quod matris vel tutorum consensus in sponsalibus vel nuptiis pupillæ vel adultæ non requiratur. Ratio hujus decisionis est manifesta, quia eorum tantum consensus desideratur in nuptiis, qui patriam potestatem in contrahentes habent. *Inst. de nupt. in princ. in verb. in quorum sunt potestate l. 2. ff. eodem.* Ad verò cum liberi non sint in potestate matris, multò minus in potestate tutorum vel curatorum. *§. fœminæ Inst. de adopt. l. in copulandis. 8. C. de nupt.* Ideò eorum voluntas ad nuptias non censetur necessaria. Huc facit, quod nec approbatione patris, filio filiæve emancipatæ, jure ciuili ad essentiam nuptiarum est opus. *l. filius 25. ff. de rit. nupt.*

Sed huic decisioni grauiter repugnant. *l. 1. l. viduæ. 18. l. in conjunctione. 20. C. de nupt.* vbi statuitur, quod filia minor. 25. annis, siue sit virgo, siue vidua, imò etiamsi sit emancipata, nihilominus debet adhibere consensum patris. Si verò patre est orbata, adhuc debet consensum matris & tutorum impetrare. *Cujac. lib. obs. 3. cap. 5.* putat hac in re differentiam statuendam esse inter filium & filiam, ita quod filius emancipatus etiamsi sit minor. 25. annis, non teneatur in nuptiis adhibere consensum patris: filia autem etiam emancipata consensum patris adhibere debeat. Quod si patre mortuo filia minor. 25. annis sui juris sit effecta, tunc matris & tutorum consensum etiam

impetrare

npetrare cogatur, per *d.l.1.l. viduæ. & d.l.in conjunctione. C.de nupt.* Ideò au-
em magis districtè & necessariò vult in nuptiis filiæ adhiberi consensum pa-
entum & tutorum, quam in nuptiis filii, quia filiæ propter sexus imbecil-
tatem magis quam filii in contrahendis nuptiis errare & decipi possunt,
um sæpè contra propria commoda fœminæ laborare deprehendantur.
si pater. 4. C. de sponsal. Sed mihi probabilius & rectius ita videtur statu-
ndum, quod matris consensus non sit necessarius in nuptiis filiæ. Et quod
1. C. de nupt. etiam matris consensum efflagitare videtur, id non necessi-
ate conclusit, sed pudori & reuerentiæ filiæ reliquit. Ita statuit *VVesenb. ad
inc.tit.Inst.de nupt. num. 6.*

Quod ad tutores attinet, tutorum consensus videtur necessarius fuisse in
ponsalibus pupillæ. *d. l. 1. C. de nupt.* quia pupilli sunt quasi in horum po-
estate, cum tutor magis detur personæ quam rebus. *l. in copulandis. C. de
upt.* Nam nuptias ii quibus tutores præsunt, id est, impuberes contrahere
on possunt, ideoque in iis frustra disputatur de consensu tutorum. Cæte-
um cum hodiè propè sublatum sit omne tutelæ & curæ discrimen, & tu-
ores iidem maneant, qui & curatores, idem in tutoribus statuendum vide-
ur in nuptiis vel sponsalibus pupillæ, quod in curatoribus obtinet, vt scilicet
utorum consensus & approbatio necessariò non requiratur. *d.l. in copulandis
. sciendum. ff. de ritu nupt.* Hæc de consensu matris, quod scilicet necessa-
iò non requiratur in nuptiis liberorum, obtinent de jure ciuili, cum mater
iberos non habeat in potestate. *§. vlt. Inst.de patr. pot.* Verùm cum jure di-
uino par reuerentia debeatur patri & matri, secundum præceptum 5. Deca-
ogi, non solum patris, sed etiam matris consensus necessariò requiritur in
uptiis liberorum. Etsi enim inæqualis est eorum potestas, tamen parentibus
pietas æqualis debetur. *l.furiosæ. C.de curat.furios.l.parentes.ff.de in jus voc.* Et
ræc sententia in benè constitutis Rebuspub. & reformatis Ecclesiis moribus
observatur, quod scilicet vtrorumque parentum suffragium in liberorum
præsertim minorum. 25. annis nuptiis contrahendis de necessitate requira-
ur, nec absque eo nuptiæ contrahi possint. Si tamen nuptiæ sint contractæ,
& per copulam consummatæ, ob parentum dissensum non dissoluuntur. *arg.
.patre.ff.De his qui sui vel alie.jur.sunt. l.1. in fi.& l.seq. ff. de lib.exhib.* Ratio
est, quia res integra esse desiit, & magna fieret injuria puellæ, si postquam vi-
iata esset, simul cum virginitatem maritum quoque amitteret. *c. cum causa.
x.de raptor.* Si verò initiata tantùm sunt matrimonia, vel sponsalia de præ-
senti contracta, possunt ob dissensum parentum rescindi, quoties parentes
habent justas & probabiles causas contradicendi. Ita decidit *VVe-
senb. in parat.ff. de ritu nupt.nu.3. & 8.*

CENTVRIÆ II.
MISCELLANEARVM ASSERTIONVM CONTROVERSARVM,
SEV
ΕΝΑΝΤΙΟΦΑΝΩΝ.

ASSERTIO I.

Dos non pertinet ad ſubſtantiam matrimonii, nec ob dotem promiſſam non ſolutam, maritus vxorem expellere poteſt.

DOs datur & conſtituitur propter nuptias, neque ſine nuptiis aut matrimonio dos eſſe poteſt, è contra autem, nuptiæ ſine dote benè poſſunt contrahi. Non enim dotibus, ſed affectu & amore conjugali matrimonia contrahuntur. tex. ſunt in *l. vlt.* §. *ſicut C. de donat. ant. nupt. Nouel. 117. c. 3.* Hinc legibus expreſsè cautum & deciſum eſt, quod vir ob dotem non ſolutam, vxorem domo ſuâ expellere non poſſit, *l. vlt. C. de repud* §. *ſic itaque matrimonia. verſ. ſi quis ſub poteſtate. Nou. 22. de nupt.* Defendunt hanc ſententiam *VVeſenb. in parat. ff. de jur. dot. num. 6. Gail. lib. 2. obſ. c. 87. num. 3 Fachin. lib. 3. controuerſ. c. 48. Hotom. in tractat. de dotib. in cap. quo agit de jure dotium quod ante matrimonium ſpectatur.* Contrariam opinionem ſequuntur *Caſtrenſ. ad l. Inſulam.* §. *vſuras. ff. Solut. matr. Iaſon in* §. *fuerat. num. 98. Inſt. de act. Gomeſ. ad ll. tauri. l. 50. num. 31. Boer. deciſ. 22. num. 2. & 3.*

Sed opponitur huic ſententiæ. *l. vlt. C. Ad SC. Velleja.* cujus hæc ſunt verba. Neque ferendum eſt mulierem fieri indotatam, & ſic à viro forſan repelli, & diſtrahi matrimonium. Reſp. In illa lege Imp. non permittit marito, vt vxorem expellat propter dotem non ſolutam, ſed tantum indicat periculum eſſe, ne vir vxorem ob eam cauſam de facto expellat, & matrimonium diſtrahat. Itaque Imp. ibi tantum proponit caſum, qui de facto propter non ſolutam dotem contingere poſſet, quod ſcilicet propter eam cauſam poſſet vir vxo-

em expellere, & ei repudium mittere, non autem affirmat ibi Imp. hoc à marito jure & rectè fieri posse, sicut eum tex. multi perperam intellexerunt. ta respondet Nobilissimus IC. *Ioachimus à Beust.* in *2. parte de matrimo. c.66.* Quæ sententia habet euidentem & firmam rationem, quia marito potest alio emedio consuli, ad dotem consequendam, nempe ope & officio judicis. Vel aliter etiam respondetur, quod hæc *l. vlt. C. Ad SC. Vell.* per Nouellas onstitutiones abrogata & emendata est scilicet *No.22. §. si itaque matrimonia. No.53. §.vlt. No.74. §. vlt.& No.117.* vbi statuitur, ne mariti ea de causa vxores repudient, quod sint indotatæ, & si secus faciant, & vxores suas repudient vel expellant propter non acceptam dotem, quod tunc quartam parem bonorum eis relinquere cogantur. Ita respondet *Hotom. in tract. de dotib. in c. vbi agit de jure dotium, quod ante matrimonium spectatur.*

Secundò objicitur, *gloss. in §. vlt. Nou. de non elig. secund. nubent. mulier. in verb. onera*, dum inquit, quod videatur iniquum, quod vxor alatur à viro non tradita dote sibi promissa; sed licet hoc verum sit, non tamen ex eo rectè nfertur, vxorem posse à viro ob dotem non solutam expelli. Planè illud notandum est, quod non tenetur sponsus sponsam in vxorem ducere, si doem quam promisit, non soluat, dummodò res adhuc sit integra, & copula non sit secuta. *Io. Andr. Imola & alij in cap. quemadmodum de jureju. per tex. n cap. de illis de cond. appo.* juxta communem intellectum, *l. si ita stipulatus uero. 97. §. si tibi nupsero. ff. de V.O. Covar. 1. par. de sponsal. c. 7. fac. l. si donaurus. 9. §. 1. ff. de cond. cau. da.* vbi dicitur, quod maritus non cogitur vxoem indotatam habere. *adde l. purè 5. §. sed & similiter. ff. de dol. mal. & net. exc.* vbi dicitur, non esse permittendum, vt mulier fiat indotata. *l. vlt. §. ff. Quæ in fraud. cred.* vbi dicitur, non esse præsumendum quenquam indotatam vxorem ducturum.

ASSERTIO II.

Dos ab hæredibus mariti, propter adulterium muleris retineri non potest.

SI vxor commisit adulterium, & maritus cum esset ejus ignarus, decessit nullà instituta accusatione contra vxorem: quæritur an hæredes mariti possint retinere dotem propter adulterium vxoris. Et verior, jurique magis consentanea est sententia, hæredes mariti dotis retentionem non habere. Quæ opinio hisce argumentis præcipuè comprobatur, quod de his quæ maritus æquo animo tulit, hæredes ejus conqueri non debent.

Secundò judicium de moribus non transit ad hæredes. *l. rei judicatæ. 15. §. 1. ff. solut. matr.* vbi dicitur, quod morum coërcitio non transit ad heredes mariti. Tertiò actio injuriarum quæ defuncto competebat, non transit ad hæredes, si defunctus eam non intentauit, *l. 1. ff. de priuat. delict. l. injuriarum. 13. in princ. ff. de injuriis.* Atqui hoc judicium de moribus comparatur actioni injuriarum. Et regulariter actiones quæ ad vindictam comparatæ sunt, ad heredes non transeunt. *l. 1. & l. vltim. Cod. de reuoc. donation.* vbi dicitur, quod si donator in vita sua non reuocauit donationem ob ingratitudinem donatarij, hæredem ejus reuocare non posse, & sic jus reuocandi non transit ad heredem. *l. 1. §. vltim. ff. Ad SC. Sillan. l. omnimodo 30. C. de inoff. testament.* vbi sancitur, si pater filios ingratos non exclusit à suâ hæreditate, non licere hæredibus ejus hos ingratos nominare, & hujusmodi querelam introducere. id est, si liberi non sint à patre propter ingratitudinem exheredati, non possunt heredes patris contra eos licet ingrati erga patrem extiterint, querelam inofficiosi testamenti instituere, & sic eos à paterna hereditate excludere.

Sed opponitur huic decisioni hoc argumentum. Nemo præsumitur actionem seu jus suum repudiare, quod ignorat sibi competere. *l. mater. 19. ff. de inoff. test. l. legitimam. 8. ff. de petitione hæreditatis.* Ideoque cum maritus ignorans adulterium ab vxore commissum (quod in dubio præsumitur. *l. mariti. 29. in princ. ff. ad l. Iul. de adult.*) non instituta accusatione decessit, non censentur hanc injuriam remisisse, ideoque ejus hæredes rectè & vtiliter adhuc experientur, & dotis repetitionem impedire poterunt. Resp. Non ea ratio istius juris, quod accusatio de moribus defuncti non competat hæredibus, est præsumta tantum defuncti voluntas, qui censetur hanc injuriam remisisse, sed odium istius judicij, quod ad vindictam comparatum est, propter quod perinde habetur maritus, qui conquestus non est de crimine & vitio vxoris, ac si omninò vxori hoc delictum ignouisset. Sic & actio injuriarum non competit hæredi, quæ à defuncto instituta non est, cui hoc judicium rectè comparatur. Hanc decisionem, quod ab hæredibus mariti dos retineri non possit propter adulterium vxoris, si maritus inscius perpetrati criminis decessit, nullâ institutâ adulterij accusatione, defendit *Duarenus ad l. rei judicatæ. 15. ff. Solut. matr.* Dissentiunt *Menoch. de arbitrar. judic. lib. 2. cent. 5. cas. 419. num. 58. & seqq. Anton. Guiber. in tractatu de dotib. c. 6. num. 28.* Prædictam assertionem comprobant *Bart. ad d. l. rei judicatæ. § 1. ff. Sol. matr. specul. in tit. de donat. §. quod si mulier. Bald. cons. 132. vel 732. incip. petens de firmo. volumine 5.* Vbi addit quod heres maritus conuentus de restitutione dotis non solum non potest excipere de adulterio ab vxore cōmisso, sed nec accusare eam adulterij potest. Pœna enim priuationis bonorū propter delictum,

elictum, non transit ad heredes delinquentis *l. eius qui delatorem 29. & ibi art. ff. de jur. fis.* Eandem sententiam approbat *Guid. Pap. sing. 431.*

ASSERTIO III.

Tutela est vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui per ætatem se defendere nequit, jure ciuili data & permissa.

EXTAT hæc definitio tutelæ à IC. Seruio Sulpitio tradita in *l. 1. ff. de tutelis & §. 1. Inst. eo.* quæ absoluta est & elegans, desumta à causa effiiente, materiali & finali. Generis loco posita hæc sunt. *Vis & potestas*, id st, auctoritas gubernandi personam, & administrandi bona pupilli, non vt erperam Accurs. qui vim hic accipit pro violenta potestate. *In capite libero.* Hæc verba materiam & subjectum tutelæ continent, & referenda sunt ad pupillum qui sui juris esse debet, & à dominicâ vel patriâ potestate solutus. *Ad uendum, &c.* Hæc causam finalem tutelæ, seu effectum & officium tutorum espiciunt, qui in hoc dantur, vt vitam mores bonaque pupillorum tueantur. Postremo quod subjicitur. *Iure ciuili data & permissa*, hoc ad causam efficintem pertinet: data scilicet legitima & datiua tutela, quæ à lege & magistratu eferuntur, permissa scilicet testamentaria, quam lex dari permittit à testatore *1. ff. de test. tut. l. 1. ff de legit. tut.*

Huic definitioni pleraque aduersantur. Et primò videtur tutela malè deniri potestas, quia ii qui in tutela vel curatione sunt, sui juris esse dicuntur & n aliena potestate esse negantur. *Inst. de tutel. in princ.* Resp. Aliter accipitur otestas, cum dicitur quis esse in potestate, aliter cum tutela potestas definiur. Quod traditur hic, quod tutela sit potestas, hoc de auctoritate, item guernatione personæ, & administratione bonorum intelligendum est, quod cilicet tutela est potestas, quæ circa gubernandos mores pupilli, & bona ejus st occupata. Tutor enim datur imprimis, vt pupillum cum sua familia alat & tueatur, eumque studiis optimisque vitæ moribus imbuat, deinde vt bona upilli curet & administret. *l. cum plures 12. §. cum tutor. ff. de adm. tuto.* Non utem tutor habet potestatem in personam pupilli, si jus status vel capitis reicias, quæ potestas soli domino & patri in personam serui & filii competit. Vnde pupilli caput liberum esse dicitur.

Secundò huic enunciato quo asseritur, tutelam esse potestatem in caput liberum quod perinde valet, ac si dicas in pupillum liberum vel sui juris, refraatur. *l. vlt. §. minores C. de senten. pass.* vbi filio famil. tutor datur, Item

aduersatur *l. si impuberi 13. ff. de tuto. dat. ab his:* vbi pupillo seruo tutor datur. Ad priorem l. respondetur, quod ibi pater filiifam. erat deportatus in insulam: quo casu patria potestas extinguitur, quoad durat pœna deportationis, & interim ei tutor datur, qui tamen patre restituto in pristinum statum deponit officium tutelæ, & jus administrationis reuertitur ad patrem. Ad posteriorem l. respondetur, quod hoc singulari jure constitutum est, vt seruo impuberi, cui simul à domino libertas per fideicommissum est relicta, propter certam spem in dubitatam ac infallibilem instantem libertatis tutor detur, vt & alibi sæpè seruus agit contrahitque *l. & eleganter. §. seruus. ff. de dolo. l. vix certis. 53. ff. de judic.*

Tertiò ei quod traditur tutelam esse jure ciuili inuentam, repugnat, *§. vlt. Inst. de Attil. tut.* vbi statuitur, tutelam esse jure naturali introductam. Naturale enim est, vt is qui perfectæ ætatis non est, alterius tutela regatur. Resp. Quoad originem, institutionem ac materiam, à jure gentium seu naturali tutela producta est, incrementum verò & formam accepit à jure ciuili. Naturali si quidem rationi conueniens est, vt impuberes qui propter lubricum animi consilium & ætatis infirmitatem se ipsos regere non possunt, à prudentioribus, qui firmum jam habent judicium, regantur & defendantur.

ASSERTIO IV.

Tutor rem pupilli emere prohibetur.

NE duplici officio fungatur tutor, & venditoris & emtoris, rem pupilli emere non potest; neque etiam in rem suam auctor fieri potest, tex. est in *l. si in emptione. 34. §. vult. ff. de contr. empt.*

Sed grauiter aduersatur. *l. cum ipse. 5. C. de contr. empt.* vbi affirmatur tutorem posse bona pupilli palam & bona fide comparare. Resp. Sub distinctione. Aut tutor solus emit rem pupilli & à se ipso, & talis emptio nulla est & inutilis. *l. pupillus. 5. §. item ipse. ff. de auctorit. tut.* vbi IC. requirit, vt valida sit emptio rerum pupillarium, vt tutor emat à contutore, vel contutoris auctoritate. Hoc enim est palam & bona fide emere. Aut tutor emit rem pupilli cum auctoritate contutoris, & hæc emptio valet, tanquam palam & bonâ fide contracta. *l. non existimo. 54. de admin. tut.* vbi addit IC. Multum referre vtrum tutor palam aperteque se debitorem, vt extraneum & quemlibet faciat pupilli, an sub administratione tutelæ latenter sua commoda pupilli pecunia adiuuet. Minor enim aut nulla doli præsumtio est contra eum, qui palam aliquid facit, ne tum quidem cum delinquit. *d. l. 5. §. sane si ipse. ff. de auct. tuto. d. l. cum ipse 5. C. de cont. emp. l. vlt. ff. de rit. nupt.*

Secundò

Secundò opponitur. *l. tutor. rerum. 56. ff. de administrat. tuto.* vbi ſtatuitur, quod pupillus non poteſt vindicare rem, quam tutor etiam ſolus emit à pupillo, ſi modo pretium ſoluerit, & in rem pupilli conuerterit. Reſp. In caſu, quod antea ſolenniter & publicâ auctoritate judicis diſtractum erat, tutor emptore non ſoluente emit, & ſibi retinet, quo caſu emptio valet, ſi modo tutor pretium vltima licitatione oblatum ſoluat, & in rationes pupilli referat. Nam ſic nulla captione afficitur pupillus, neque tutor ab initio rem pupilli emit, ſed ab alio rem emptam ſibi eodem pretio ſeruat, cum etiam potuiſſet ab emptore. Denique notandum, quod & iſto caſu emptio valet, ſi tutor à creditore pupilli rem vendente bonâ fide emat; hoc enim & quilibet extraneus facere poſſet. *d. l. pupillus. §. item ipſe.* Vide de hac quæſtione *Corraſium. libro ſexto Miſcel. cap. 14.*

ASSERTIO V.

Imperitus literarum excuſatur à tutelâ.

IMPERITIA literarum legitima eſt excuſationis cauſa à tutela. Quod probatur in §. *ſimiliter Inſt. de excuſ. tuto.* vbi traditur, eos qui literas neſciunt excuſandos eſſe à tutela, D. Pius reſcripſit. Dicuntur autem imperiti literarum, vt rectè interpretatus eſt *Duare lib. 1. diſp. c 3.* qui literas pingere & legere neſciunt. *per l. 3 §. 1. & 2. ff. de accuſat. l. pater 93. §. 1. ff. de a. q. her.* Hæc imperitia literarum merito tribuit vacationem à tutela. Cum enim in tutela confici inuentarium, & conſcribi rationes neceſſe ſit, certè qui literarum imperiti ſunt, hæc præſtare non poſſunt, ideóque nec tutelam pro commodo pupillorum idoneè adminiſtrare queunt. Neque recipienda eſt eorum ſententia, qui exiſtimant illiteratos à tutela non eſſe excuſandos, ſi modo ea naturali ſolertia, & rerum experientia præditi ſint, vt ad negotiorum adminiſtrationem ſufficiant. Idque probare nituntur ex *d. §. ſimiliter,* vbi poſtquam ſcriptum erat, imperitos literarum excuſandos eſſe à tutela, additur exceptionis loco, niſi tales ſint, vt negotiorum adminiſtrationi poſſint ſufficere. Quod non eſt admittendum. Nam illa verba, *Quamuis & imperiti literarum poſſint negotiorum adminiſtrationi ſufficere* ita ſunt accipienda, quamuis aliorum negotiorum adminiſtrationi quam tutelæ, puta priuatorum & ſuorum bonorum gubernationi ſint idonei. Illa ergo eſt ejus. §. ſententia, imperitos literarum omnimodo eſſe excuſandos à tutelâ: quippe ita eſſe excuſandos à tutela, vt quamuis alioqui extra tutelam poſſint adminiſtrationi negotiorum ſufficere, tamen à tutela ſunt excuſandi.

Sed

Sed pugnat cum *d.§.similiter. Inst. de excus.tuto.l. si duas 6.§.vlt.ff. eodem.* Cujus hæc sunt verba: Mediocritas & rusticitas interdum præbent excusationem, secundum epistolas Diuorum Hadriani & Antonini. Ejus qui negat se literas scire, excusatio non debet accipi, si modo non sit expers negociorum. Resp. Hic imperitus literarum paulò generalius debet accipi, pro eo scilicet, qui non est imbutus studiis literarum. Quod probatur ex eo, quia postea excipitur is, qui propter imperitiam est expers negotiorum, hoc est, qui ita est imperitus, vt negotia per omnia rectè administrare non possit. Quod in eo accidit, qui neque pingere literas, neque legere nouit. Itaque cum epistolâ Diuorum Imperatorũ Hadriani & Antonini excipiatur hæc species imperitorum, necesse est, vt prius acceperit imperitiæ genus latius patens, quam speciem, quæ excipitur. Hanc sententiam, quod imperiti literarum excusentur à tutelâ, eleganter defendit *Donel. lib. 3. comment.c.9.* Cui suffragatur *Anto. Augustin. lib. singulari de excusationibus ad Modestinum ad d.l.si duas 6.§. vlt. ff. de excus. tuto. Petrus Grangianus in Paradox. Iur. ciuil. cap. 43.* vbi eleganter probat imperitum literarum, hoc est qui pingere aut scribere non didicit, esse à tutela excusandum per *l. libellorum. ff. de accusat.* Comprobant hanc sententiam, *Hotoman. ad §. similiter. Inst. de excus. tuto. Cuiat. ad d. c. 6. §. fin. ff. de excus. tuto.* Dissentit *Pacius cent. 5. quæst. 82.*

ASSERTIO VI.

Tutor statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri, post tempus autem, aut per epistolam ejus auctoritas interposita, nihil agit.

CONFIRMATVR & expresè probatur hæc decisio in *l. obligari. 9. §. tutor. ff.de auctorit.tuto.§.tutor.Inst.eo.* Forma namque interponendæ auctoritatis est, vt tutor in ipso negotio pupilli præsens suam auctoritatem interponat. Ex interuallo autem non rectè interponitur. Ratio est, quia quæ pertinent ad solennitatem actus vel contractus, à contractu diuidi non possunt. *l.1. §. 1. l. continuus 137. ff. de verb. obligat. arg. l. heredes palam. §. vlt. ff. Qui test. fa. pas.*

Objicitur *l. si per epistolam. 50. ff. de acqui. hared.* vbi traditur, quod per epistolam tutor auctoritatem interponat. Resp. In ea lege non de auctoritate, sed de jussu agitur. Tutor absens per epistolam jubere potest, at absens tutor per epistolam auctor fieri non potest. Ratio diuersitatis est, quia auctoritas verba requirit. *l. 3. ff. de auct. tut.* & ideò mutus tutor dari non potest.

oteſt. *l.1. ff. de tutelis.* Iuſſus non requirit verba, ſed per epiſtolam aut nunium jubere poſſumus. *l.1. ff. Quod jus.* Deinde juſſus præcedere debet. *l. ſi quis mihi. §. juſſum. ff. de acqui. hæred.* Auctoritas interponitur in ipſo negotio, vel etiam perfecto negotio.

Secundò aduerſatur. *l. ſi quis mihi. §. juſſum. ff. de acquir. hæred.* vbi ICt. docet, quod etiam perfecto negotio tutoris auctoritas interponi poſſit. Igitur malè dicitur tutorem ſtatim in ipſo negotio debere auctorem fieri. Reſp. Quod dicitur, tutorem ſtatim in ipſo negotio debere auctoritatem interponere, id cum aliquo temperamento temporis intelligimus. Statim dicitur interpoſita auctoritas, ſi vel initio, in ingreſſu ipſius negotii fuerit interpoſita, vel ſi ſtatim perfecto negotio fuerit appoſita, antequam contrahentes ad extraneos actus diuerterint. Sic in ſtipulatione dicimus cominus eſſe reſpondendum, id eſt, confeſtim & è veſtigio. *l. continuus. ff. de V. O.* & tamen cominus, id eſt, confeſtim reſponſum cenſetur, ſi illo die quo promiſſor interrogatus eſt, reſponderit, antequam reſpondens alium extraneum actum aggreſſus fuerit. *d. l. continuus.*

Tertiò opponitur. Ratihabitio mandato comparatur, *l.1. §. ſed & ſi. ff. de vi & vi arm. l. ſemper. ff. de R. I. l. vero procuratori. 12. §. vlt. ff. de ſolut. l. vlt. C. Ad SC. Maced.* Igitur non eſt neceſſe, quod ſtatim in ipſo negotio tutor auctoritatem ſuam interponat. Reſp. Verum eſt antecedens, niſi lex nominatim requirat, vt ſtatim in ipſo negotio quid fiat, tunc enim id de formâ ipſius negotii eſſe dicitur. Et vbi certa forma data eſt à jure, non ſufficit illam impleri per æquipollens. *Boërius in deciſion. ſuis. deciſ. 1. & 2.* Ideoque quamuis ratihabitio mandato comparetur, tamen cum de auctoritate tutoris interponendâ agitur, non ſufficit ratihabitio, quia pro formâ exigitur, vt tutor ſtatim in ipſo negotio præſens ſuam auctoritatem interponat. Ergò quod pupillus ſine tutore geſſit, ratum poſtea haberi non poteſt, ſed ex integro contractum iniri neceſſe eſt, vel à ſolo tutore vel à pupillo, adhibita tutoris auctoritate. Ita notat *Anto. Faber in Iuriſprud. Papinianea tit.* XII. *de tutel. princ. 6. illat. 23.*

ASSERTIO VII.

Tutor de rebus pupilli tranſigere poteſt.

CONFIRMATVR hæc deciſio per tex. expreſſum in *l. ſi pignore. 54. §. vlt. & l. inte dum. 56. §. qui tutelam. ff. de furt.* vbi traditur, quod tutori licet tranſigere cum eo, qui rem pupilli furto ſubtraxit, & ſic permittitur ei ſuper actione furti pupillo competente tranſigendo decidere, vbi ſubjungitur

gitur hæc ratio, quia tutor loco domini habetur, in rebus pupilli administrandis. Confer. *l. ad ea quæ.157 ff. de regul. jur.* vbi traditur tutores & curatores dominorum vice haberi. Quod tamen ita per alias leges temperatur & restringitur, vt tum demum tutores in rebus pupilli loco dominorum habeantur, cum ejus bona administrant, non cum pupillum bonis suis spoliant. *l. qui fundum.7. §. si tutor. ff. Pro empt. l. tutor. 27. ff. de administrat. tuto.* vbi eleganter notat Bart. quod tutor cum benè fecit, habetur loco domini. Denique hæc sententia comprobatur per *l. si plures. 9. ff. de pact.* vbi traditur, quod tutores possunt cum debitore pupilli, qui pauper est, transigere, remissa ei aliquâ parte debiti.

Verum objiciet aliquis hoc modo. Tutoribus tantum permissum est debita pupilli exigere, non verò remittere aut pacisci de non petendo debito. *l. contra.28.§.1.ff. de pact.* Adhæc tutoribus non permittitur donare res pupillorum, nec vllo modo possunt eorum conditionem deteriorem facere. *l. non omni.16. C. de administr. tut.* Atqui hæc remissio litis, seu pactum vel transactio de non petendo debito, videtur esse donationis species, quia transactio nihil aliud est, quam rei dubiæ vel litis incertæ, aliquo dato vel retento, facta remissio. *l. 1. ff. de transact. l. transactio. 38. C. eo.* Præterea obstat. *l. Lucius. 46. §. vlt. ff. de administr. tuto.* vbi respondetur, quod tutoribus non est permissum res pupilli donare, aut deminuendi causâ cum debitoribus pupilli transigere. Denique aduersatur *l. pactum.22. C. de pact.* vbi statuitur, quod tutores possunt quidem exigere debita pupillorum, sed non possunt paciscendo debita eorum remittere. Hæc contrarietas tali distinctione concilianda est. Aut transactio illa decidendi causâ interponitur, hoc est super tali lite transigitur, cujus exitus poterat pupillo esse anceps & onerosus, & tunc licet tutori transigere super lite pupilli. *arg. l. præses. 12. C. de transact.* Aut tutores transigendo res pupillorum donant vel alienant, & tali modo tutores, sicut & alii administratores rerum alienarum, transigere non possunt, vt scilicet transigendo alienent aut diminuant jura vel bona pupillorum. *l. non solum. 4. C. de præd. & al. reb. mino. arg. l. 1. ff. de eff. procur. Cas. l. nulli. 13. ff. de transact.* Ita distinguit ex communi DD. sententiâ *VVesenb. in parat. ff. de transact. num. 4.*

ASSERTIO VIII.

Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.

DEFINITIO hæc est IC. Modestini tradita in *l. 1. ff. Qui test. fac. poss.* Ex qua hoc obseruandum, quod testamentum dicatur justa, id est solennis & legitima voluntatis nostræ sententia. Quo vocabulo, justa, tis distinguitur testamentum à codicillis, qui nihil aliud sunt, quam testati, el intestati minus solennis voluntas. Sic alibi testamentum justum dicitur, uod justè factum est, & in quo solennia juris adhibita sunt. *l. 1. ff. de injust. upt irrit.* Sic justa vxor dicitur, quæ ritu, moribus, solennibusque omnius Quiritum seruatis ducta fuit. *l. si vxor. 13. §. 1. Ad l. Iul. de adult.* Sic stæ nuptiæ dicuntur, quæ secundum præcepta legum cojerunt inter conges. *§. 1. Inst. de nupt. Donel. lib. 6. com. c. 4.* Vnde & Vlpianus in Enchirio suo ita definit testamentum, quod sit mentis nostræ justa contestatio in solenniter facta, vt post mortem valeat.

Sed opponitur, quod hæc definitio nimis lata sit & ampla, quæ non som testamento, sed & codicillis conueniat. Nam codicilli quoque rectè a definiuntur, quod sint voluntatis nostræ justa sententia, de eo, quod post ortem nostram fieri velimus. Resp. Verbum *justa*, satis distinguit testaentum à codicillis, quia codicilli non continent justam & solennem senntiam, cum in ipsis nulla ordinationis solennitas desideretur. *§. vlt. Inst. de dicil.* neque in codicillis heres directo institui possit, quæ heredis instituo caput & fundamentum est testamenti. *§. ante heredis. Inst. de legat.*

Sed contra solutionem instatur hoc modo, quod in codicillis quinque stes interuenire debent. *l. vlt. C. de codicil.* qui numerus pertinere videur ad solennitatem codicillorum, cum in aliis actibus & negotiis sufficiant uo testes. *l. vbi numerus. 12. ff. de testib.* Resp. Numerus iste non solennitis, sed probationis tantum causa adhibetur codicillis, vt liquidò docet *vlt. C. de fideicom.* Nam non solùm in codicillis, sed in omni scriptura, in uâ pecunia soluta memoratur, similis numerus testium exigitur, *l. testium. . de testib.* Deinde in codicillis non requiruntur rogati testes, vt in testaento, imo & mulieres testes interuenire possunt in codicillis. *l. vlt. C. de dicil. in fin. Vigl ad §. testes. Inst. de testa. ord.*

Secundo opponit Accursius quod definitio hæc sit angustior suo defini-, quia non continet institutionem hæredis, quæ tamen est substantialis

pars, imò caput & fundamentum teſtamenti. Reſp. Non opus eſt hoc ſupplemento Accurſij, quia inſtitutio hæredis, ſub vocabulo *Iuſta*, ſatis continetur, cum inſtitutio hæredis ſit potiſſima pars ſolennitatis in teſtamento neceſſariæ. §. *ante hæredis. Inſtit. de legat. Vigl. ad tit. Inſtit. de teſtam. ordin. numer. 24. & 32.*

ASSERTIO IX.

Teſtamentum ad alterius interrogationem conditum non valet.

QVÆRITVR an ad alterius inſtantiam & interrogationem teſtamentum fieri poſſit? puta ſi Notarius roget teſtatorem an velit hunc vel illum hæredem inſtituere, & ille profiteatur ſe velle: Et ſtatuendum eſt, teſtamentum ad alterius interrogationem conditum non valere. Quæ ſententia probatur primò per *l. jubemus, 29. C. de teſtam.* vbi diſertè ſancitur quod teſtator debet nomen hæredis in ſuo teſtamento propria manu ſcribere, vel ſi ſcribere non poſſit, debet nomen hæredis coram teſtibus nuncupare, additurque in eadem lege juſta & aperta decidendi ratio, ne falſitas in elogiis & teſtamentorum confectione committatur. Secundo confirmatur hæc ſententia hac æquiſſima ratione, quod teſtamentum debet eſſe juſta & libera voluntatis noſtræ ſententia. *l. 1. C. de ſacroſ. Eccleſ.* Atqui non eſt libera voluntas quæ ad importunam inſtantiam alicujus eſt extorta. *l. 1. & 2. Si qu. aliq. teſt. prohi.* Denique probatur hoc euidenter per *l. heredes palam. 21. ff. de teſtam.* vbi dicitur quod teſtator debet in teſtamento nuncupatiuo heredes palàm nominare, vel ſi in ſcriptis faciat teſtamentum, debet per ſe vel per alium heredis nomen teſtamento inſcribere.

Opponitur primò huic ſententiæ, *l. hac conſultiſſima. §. at cum humana. C. qui teſt. fac. poſſ.* vbi ſtatuitur, quod quis poſſit teſtamentum ſuum committere alteri ſcribendum, vt deinde ſcriptor ſeu Notarius hoc teſtamentum coram teſtatore & teſtibus recitet, quod teſtamentum valet. Reſp. Illa conſtitutio loquitur in teſtamento, ſeu vltima voluntate cæci, cui permittitur, vt cum ipſe ſcribere non poſſit, alii ſuum teſtamentum ſcribendum committat, attamen ipſe teſtator nihilominus debet Notario prius ſuam vltimam voluntatem exponere, & apertè declarare quos velit hæredes inſtituere, alioqui ad ſolam Notarij vel teſtium interrogationem non poteſt vtiliter hæres inſtitui, vel teſtamentum ordinari.

Secundo aduerſatur *l. vlt. ff. Si qu. aliq. teſt. prohi.* vbi valet teſtamentum mariti, in quo vxor ab eo hæres inſtituta eſt, cum blanditiis & affabili ſer-

mone maritum ad hoc induxisset. Concordat. *l. vlt. C. eodem.* vbi dicitur, iudicium vxoris in se maritali sermone prouocare non est criminiosum. *Resp.* Valet quidem institutio hæredis quam blando sermone & maritali affectione vxor à marito impetrauit, dummodò tamen non sit captatoria institutio, hoc est, si modò hæres non fallaciâ, aut dolosâ persuasione, aut per vim seu coactionem vltimam voluntatem extorsit. Interim debet hæres viuâ voce à testatore nuncupari, aut scripturâ designari, nec sufficit ad interrogationem alterius institutio facta; Ita eleganter declarat *Petr. Peckius de testament. coniug. lib. 1. c. 9. & 17.*

Tertiò objicitur. *l. Pamphilo. 39. §. propositum de leg. 3.* vbi valet fideicommissum, quod testator reliquit fideicommissario ad interrogationem. *Resp.* Ideò valet hoc fideicommissum, quia primò testator viua voce exposuerat fideicommissario, quod destinasset illi certa quædam prædia per fideicommissum relinquere, deinde coram testibus testamento confecto, ad interrogationem fideicommissarii testatus est, se prædicta prædia per fideicommissum illi concedere. Tale fideicommissum ad interrogationem alterius relictum valet, ideò, quia præcessit declaratio & dispositio testatoris, quod talia prædia illi destinauerat per fideicommissum relinquere. Latius de hac quæstione vide *Menoch. de præsumt. lib. 4. præs. 8. Gomes. ad ll. tauri, l. 3. num. 109. Vigl. ad §. sed cum paulatim. nu. 9. Inst. de testa. ord.* Dissentit *Fachin. lib. 5. contro. cap. 69. & 70.* Imò communis est opinio DD. quod valeat heredis institutio, quando testator non ipse nominauit heredem, vel scripsit, sed interrogatus à Notario, vel alio quouis, num Titium heredem suum esse velit, & respondeat velle. *Addit. ad Gomez. in var. resolut. tit de vlt. volunt. c. 2. VVesenb. ad §. vlt. inst. de testam. ordin.* Quæ tamen opinio communis tum demum vera est & procedit, si hæc duo interueniant, scilicet vt testator prius exponat suam voluntatem Notario, qui deinde eam redigat in scriptis, & postea interroget testatorem an velit ita testari. Nam eo casu si respondeat quod sic, vtique valet, quod gestum est. Deinde requiritur vt testator non sit nimium infirmus, nam solent sæpenumero à valde infirmis statim morituris talia testamenta extorqueri: quod vehementer iniquum est, & fraudibus obnoxium. Ita tradit *Clarus. in recept. sent. 6. testamentum.*

ASSERTIO X.

Testamentum patris inter liberos, absque testibus confectum valet, contra CVIATIVM.

COMMVNIS & recepta est DD. opinio, quod testamentum patris inter liberos valeat etiam absque vllis testibus confectum, si modò patris vel liberorum subscriptio interuenerit. Scedula igitur à patre scripta vel subscripta, aut subscripta à liberis, etiamsi nulli testes adfuerint, vel subscripserint, continens diuisionem hæreditatis inter liberos, validi testamenti loco est. Ita decidunt *Iulius Clarus in recept. opin. § testamentum. q. 8. & 14. item qu. 37.* vbi dicit hanc opinionem in scholis, & judiciis teneri. *Fachin. lib 4. contro. c. 1.* Ita consuluerunt *Scurffius cent. 2. cons. 28. Elbertus Leoninus cons. 98. num. 4. Gail lib. 2. Obser. pract. c. 112. Anto. Fab. de erro. pragmat. decade 35. errore 2. Fachin. libro controuer. 4. c. 1. & 4.* Probatur hæc sententia claro & euidenti tex. in *l. vlt. & Auth. seq. C. Fam. ercisc.* vbi sanciuit Imperator Constantinus, quod quæ libet dispositio patris de hæreditate sua valeat inter liberos, etiamsi omni legum solennitate fuerit destituta. Secundò apertè eandem sententiam confirmat *Auth. ex imperfecto. C. de testam.* vbi Imp. Theodos. constituit, ex imperfecto testamento tenere voluntatem patris inter solos liberos. Denique hæc decisio manifestè comprobatur per *No. 107. de testa imperfecto.* vbi Iustinianus statuit, si quis inter liberos voluerit vltimam conficere voluntatem, quod sua manu tempus adscribet, deinde filiorum nomina, ac insuper vnciarum quantitatem, in quibus ipsos scribat hæredes, propria manu declarabit. Cæterum si extraneis voluerit relinquere legata aut fideicommissa, tunc demum si coram testibus hanc dispositionem scripserit, firmiter valebit patris testamentum. Ex hoc loco manifestè confirmatur communis DD. opinio. Cum enim tum demum requirantur testes, cum pater extraneis aliquid legauerit, sequitur cum inter liberos solos paterfam. testatur, etiam absque testibus seruandam ejus vltimam voluntatem. Ratio autem huius assertionis, quod testamentum imperfectum inter liberos valeat, hæc est, quia hoc fauore liberorum est introductum, cum eis etiam jure naturali debeatur parentum hereditas *l. cum ratio 7. ff. de bon. damn.*

Contrariam sententiam primus conatus est defendere *Cujacius in suis consultationibus, consultat. 1.* vbi testamentum patris inter liberos sine testibus non valere astruit. Pro suæ opinionis confirmatione duo adducuntur argumenta. Primum est, quod nec codicillus, nec testamentum dici potest ea voluntas, cui desunt testes: In testamentis enim solemnibus exiguntur septem testes, in codicillis

cdicillis quinque *l. hac consultissima. 21. §. 1. l. cum antiquitas. 28. §. vlt. C. de t.lam. l. vlt. C. de codicil.* sicut & in testamento rusticorum quinque testes. *l.* r. *C. de testament.* & in nuda voluntate tres testes requiruntur *l. sancimus. 27.* c *de testament.* Resp. Etiamsi ista voluntas patris inter liberos testibus destitta, non habeat vim seu formam testamenti aut codicillorum, tamen valet, vt ualiscunque vltima dispositio, aut ordinatio bonorum patris inter liberos.

Secundò mouetur Cujac. hoc argumento, quod testamentum dici non pssit ea voluntas, cui testes desunt, eamque collectionem probat sumto argumento, ab etymologia, quia nominis testamenti substantia à testibus deducitur. Resp. Testamentum non tam à testibus, quam à testatione, id est, declaratione mentis deriuatur, mens enim testatoris in testamentis præcipuè ominatur, & ex voluntate testatoris omnia pendent, quæ in testamento dispsita sunt, *l. in conditionibus. 19. ff. de cond & demonstr.*

Obstare etiam videtur huic assertioni. *l. peto. 69. §. mater. de legat. 2.* vbi in stamento non jure facto etiam fideicommissum debetur extraneo relictum. Resp. Ibi fuit testamentum imperfectum vel minus solenne tantum, quod tionem tutoris, quoad alia verò erat perfectum. Nam ideo erat testamenm ibi imperfectium, quia mater filiis tutorem dederat: atqui mater filiis temento tutorem dare non potest. *l. 1. & 2. ff. de confir. tuto.*

Denique notandum, quod dicitur, ex testamento imperfecto voluntatem iter liberos tenere, sic esse accipiendum cum Accursio, quando est defectus tione solennitatis, sed si defectus sit ratione voluntatis, vt si testamentum ceptum esset à patre, necdum absolutum, hoc non valeret ne quidem inter beros. *Cujac. ad l. si is qui. 25. ff. Qui test. fac. p ss. B rt. ibidem nu. 1. Castrens. in d. hac consultissima nu. 5. And. Gail. lib. 2. obs. 112. num. 14.* Ideóque si testator abens duos filios, dum id agit, vt inter eos hæreditatem diuidat, ita dicit, lego le prædium filio meo, & post hæc verba obmutuit, filius in diuisione bonorum paternorum id prædium præcipuum habere non debet. *arg. d. l. si is ui. Costal. ad l. si filio. 20. §. si pater. ff. Fam. ercisc. Anto. Fab. de erro. pragmat. ecade. 35. erro 8.* aliam adhibet distinctionem, videlicet, quod si imperfecta t voluntas patris respectu liberorum, quod non valeat dispositio patris. At imperfecta sit voluntas patris quoad extraneos, quos fortè voluit filio coeredes dare, valebit nihilominus voluntas patris jure intestati inter liberos. Non obstat *l. fin. C. Fam. erc.* vbi dicitur cœptum & imperfectum testamentum patris valere inter liberos. Hoc enim intelligendum est, si sit imperfectum quoad solennia juris. At si sit imperfectum ratione voluntatis, non valebit ne quidem testamentum patris inter liberos. *d. l. si is qui 25. ff. Qui test. j. pos. Facin. lib. 4. contro. c. 4.*

ASSERTIO XI.

Nudâ voluntate testatoris non tollitur testamentum.

TESTATORIS nudâ voluntate numquam testamentum infirmatur, quamuis ilicò testatò dixerit se testamentum quod fecit, valere nolle. *§. ex eo autem. Instit. Quib. mod. test. infirm.* Quæ decisio confirmatur hac regula juris, qua generaliter traditur, quibus quidque modis constituitur, iisdem & in contrarium actis soluitur. *l. nihil tam naturale. l. ferè. ff. de R. I.* Testamentum non constituitur nuda voluntate. *§. vlt. Inst. Quib. mod. test. infirm.* proinde nec nuda voluntate tollitur.

Aduersatur huic assertioni, quod dicitur ambulatoriam esse hominis voluntatem vsque ad supremum vitæ spiritum. *l. 4. de adim. lega.* Vnde etiam colligi videtur, sola & nuda testatoris voluntate testamentum tolli. *Resp.* Est quidem ambulatoria voluntas hominis, vt possit quouis tempore prior voluntas à testatore reuocari, sed ita, dummodo reuocetur legitimè, & quomodo jure oportet. Nam quod aliter fit, pro infecto habetur. *l. quoties. ff. Qui satisda. cog.* Tunc contraria voluntate infringitur testamentum, cum id fit solemniter & legitimè, puta alio testamento solenni & perfecto postea facto. *l. 1. & 2. ff. de injust. rupt. irr.* Imperfecto vero posteriori testamento prius perfectum non tollitur, quoniam imperfectum testamentum jure non magis valet, quam si testamentum non esset. *l. 3. l. hac consultißima, §. ex imperfecto. C. de testa.*

Secundo repugnat *l. sancimus. 27. C. de test.* vbi prius testamentum perfectum rumpitur per posteriorem contrariam nudam & imperfectam voluntatem, si à tempore prius facti testamenti decennium sit elapsum & posterior voluntas coram tribus testibus vel apud acta sit manifestata. *Resp.* Non sola nudaque voluntate reuocatur prius testamentum, sed si hæc concurrant, nimirum vt testator coram testibus non minus quam tribus, aut apud acta alicujus judicis testatus sit se nolle prius testamentum quod fecit, valere, deinde si à tempore primi conditi testamenti decennium effluxerit, vt voluntas posterior & testatione idonea, & tam longa temporis diuturnitate confirmetur.

ASSER-

ASSERTIO XII.

Testamentum tempore pestis coram quinque testibus conditum, non valet.

COMMVNITER DD. statuunt, in testamento tempore pestis condito non requiri septem testes, sed sufficere numerum quinque testium. Hæc est communis DD. opinio, vt notant *Afflictus decis. Neapol. 25. num. 8. Irza. in com. opin. concl. 45. Gail. lib. 2. obs. c. 118. Clarus in recept. sentent. §. ...tamentum. quæst. 56. Boer. decis. 228. num. 7. 8. 9. 10. & 11.* qui tamen distinguit ...c modo. Aut pestis non est magna, aut est magna, vt hoc casu cum paruo ...mero testium valeat, illo non valeat, & ita judicatum fuisse testatur. Ve...m de jure scripto contraria sententia est verior, quod scilicet ab eo qui con...gioso morbo pestis laborat, non sufficiat quinque testes adhibuisse, nec ...is sit, si testamentum ejus quinque testes subscripserint, vel consignaue...rit, sed requiritur legitimus numerus, hoc est septem testium præsentia. ...c quicquam facit pro communi DD. sententia, *l. casus 8. C. de testam.* ex ...a fundare nituntur suam opinionem, vbi dicitur, propter morbum con...giosum remitti aliquid de solennitatibus juris. Nam vt ex *d. l. 8.* verbis di...tè patet, nihil in ea l. remittitur de numero testium, sed hæc solennitas ...ntum remittitur, quod licet aliàs opus sit ad testamentum legitimè ordi...ndum, vt testes eodem loco conuocentur, & singuli coram testatore & ...is testibus simul signent testamentum. *l. si vnus. 12. l. hac consultissima. 21. C. de testa.* nihilominus tamen testamentum valeat à contagioso morbo la...rante conditum, licet testes vnà non sint conuocati, nec in præsentiâ te...toris simul sociati, sed quod possint seorsim à testatore testamentum ob...gnare, valeatque testamentum peste laborantis, licet testes eum non vide...t, sed tantum audiant: contra *l. si non speciali. 9. C. de testam.* Hæc solen...as simul coram testatore conueniendi, & coram eo testamentum obsi...gandi, tantum hoc casu remittitur testibus, quod apertissimè indicant ...c verba legis, testes hujusmodi morbo oppresso (scilicet testatori) eo tem...re jungi atque sociari est remissum: non etiam legitimi numeri eorum ...seruatio sublata est. Ita h. l. interpretatur *Castrens. ibid. & Cujat. lib. 26. ...c. 10.* Facit etiam plurimum pro confirmatione hujus sententiæ. *l. confi...ciuntur 8. §. 1. ff. de jure codic.* vbi dicitur, quod licet casu vel de necessitate ...n potest inueniri copia testium, tamen non valet testamentum sine legi...timo numero eorum.

In contrariam DD. ita argumentantur. Propter necessitatem remittuntur solennitates legales,& receditur à regulis juris communis. *l.de ætate.ff.ad SC. Trebel.* Item sicut testamentum à milite coram duobus testibus factum valet, ita & à testatore peste oppresso valebit,quia tempus belli & pestis æquiparantur, cum tempore pestis censeatur esse bellum inter Deum & homines. Ad prius respondetur. Necessitas superueniens testatori, tantum eum excusat ab interpositione actus extranei, vt scilicet possit interrumpere actum testandi, vel propter sumtionem cibi vel medicamenti, vel depositionem necessarii operis naturæ: tunc nihilominus valebit testamentum,licet aliàs vitietur actu extraneo interueniente, *l.cum antiquitas.28.C.de testa.* Verum nusquam traditur propter necessitatem pestis licere in testamento omittere solennem numerum testium. Secundo non obstat,quod valeat testamentum à milite conditum coram duobus testibus. *l. 1. ff.de bon. poss. ex test.mil. l. vlt. ff. de milit. test.* Hoc enim singulari priuilegium tantum tributum est militibus,non autem laborantibus morbo contagioso, at verò jura singularia non debent extendi & ad consequentias produci. *l. quod verò. 14. ff. de legib.* Vide *Fachin. lib. 5. contro. jur. cap. 92.* qui planè huic nostræ sententiæ & assertioni suffragatur & subscribit, quod scilicet testamentum tempore pestis conditum coram quinque testibus non valeat. Moribus tamen testamentum tempore pestis conditum, valet, si vltima voluntas testatoris peste decumbentis probetur per duos testes fide dignos. Quod iudicatis Cameræ imperialis obseruatur,vti notat *Gail lib. 2. Obser. c. 118. in fine.* cum pluribus ibi allagatis.

ASSERTIO XIII.

Nemo potest hæredi suo testamenti factionem adimere.

DECISIO hæc euidenter & clarè confirmatur ex *toto tit. ff. & C. Si qu. aliq. test. prohib.* vbi statuitur sub pœnâ confiscationis hæreditatis, ne quis aliquem prohibeat testamentum facere, aut testamentum factum mutare. Facit ad hujus assertionis comprobationem *l. 1. C. de SS. Eccl.* vbi traditur, nihil esse quod magis hominibus debeatur, quam vt supremæ voluntatis liber sit stylus,& licitum quod iterum non redit arbitrium.

Verum in hac proposita decisione duo occurrunt juris loca valdè discrepantia. Nam primum in *l. cum pater. 77. §. mando. ff. de legat. 2.* traditur, quod si pater in testamento suo ita disposuit:Mando filiæ meæ, vt quoad liberos tollat, testamentum non faciat, quod hac formula non censeatur fidei-

commissum

ommiſſum relictum, eò quod pater non de ſua pecunia teſtari, ſed juri communi derogare voluit, teſtamenti factionem filiæ prohibendo. Contrarium ſtatuitur in *l. qui filium. 74. in princ. ff. Ad SC. Trebel.* vbi cum pater ita teſtamento diſpoſuiſſet, Mando tibi filia mea, ne facias teſtamentum, priuſquam liberos habeas, Imp. pronunciauit fideicommiſſum ex hac ſcriptura deberi, & ſic accipiatur perinde ac ſi rogaſſet filiam ſuam, vt hæreditatem fratri ſuo reſtitueret.

Pacius cent. 6. conciliat. quæſt. 17. hanc antinomiam ita diſſoluit, quod ſi ea verba ſcripta ſint in teſtamento, inducant fideicommiſſum, ac ſi tunc videatur pater id fideicommittendi gratia adſcripſiſſe, ſicut factum eſt in *d. l. qui filium.* Si verò teſtator hanc formulam extra teſtamentum adſcripſit, non videtur fideicommiſſum inducere.

Mihi magis placet communis DD. reſponſio, qui hoc modo diſtinguunt. Aut teſtator ſimpliciter grauauit filium hæredem ſuum, ne faciat teſtamentum: & tunc quia directò non valet hæc diſpoſitio, quia aufert alteri liberam teſtamenti factionem, valet in vim fideicommiſſi, vt ſcilicet hæres cenſeatur grauatus de reſtituenda hæreditate, proximis hæredibus venientibus ab inteſtato, vt accidit in *d. l. qui filium.* Aut verò teſtator non mandauit ſimpliciter filio ſuo, ne teſtamentum ordinaret, ſed tantum in modum conſilii præcepit, quo caſu nō cenſetur per fideicommiſſum hæreditas relicta proximis hæredibus ab inteſtato, ſicut fecit teſtator in *d. l. cum pater. §. mando. de leg. 2.* Vbi pater in modum conſilii hanc formulam protulit. Volo filia ne facias teſtamentum priuſquam liberos ſuſcipias, adhibita ratione ſuaſionis, vt ita poſſis ſine periculo viuere. Quæ verba quia prolata ſunt in formam & modum conſilii, nullum juris effectum, neque fideicommiſſum inducunt. Ita tradit *Gomez. var. reſolut. tomo. 1. c. 4. n. 6.*

ASSERTIO XIV.

Teſtator prohibere poteſt jus accreſcendi.

HÆc propoſitio euidenter comprobatur in *l. 9. §. ſi duo. ff. de hæred. inſt.* vbi deciditur, teſtatorem non poſſe ita hæredes inſtituere, vt vnus ſuccedat in beſſe fundi Corneliani, alter ex triente ejuſdem fundi, niſi teſtatoris voluntas euidentiſſimè refragetur. Vnde ſequitur, quando hoc apertè voluit teſtator, tunc poſſe eum in certis bonis teſtato decedere, & ſic prohibere, ne reliqua bona accreſcant hæredi inſtituto. Diſſentit *Fachin. libro quarto contro. c. 15. in fi.* vbi notat quod dicitur in *d. §. duo*, quando duo ſunt hæredes ſcripti, vnus in triente fundi Corneliani, alter in beſſe, detracta

fundi mentione, quasi sine partibus heredes scriptos, hereditate potituros, nisi voluntas testatoris refragetur, hunc esse horum verborum sensum, nempe potituros hereditate, quasi sine partibus, & sic æquis partibus scripti essent heredes, nisi voluntas testatoris manifestè refragetur, id est, Si manifesta voluntas designata fuerit, erunt quidem heredes, sed non æquis partibus, perinde ac si sine partibus scripti heredes essent, sed ex partibus inæqualibus, vnus ex triente, alter ex besse hereditatis, detracta fundi mentione. Eadem sententia abundè confirmatur per *l. peto. 69. ff. de leg. 2.* vbi traditur, quod valeat institutio in certis rebus, seu bonis: si testator voluit reliqua bona peruenire ad legitimos hæredes succedentes ab intestato. Vt puta si testator cum instituisset Titium ex asse, postea subjecit. Peto Luci Titi, ut pro hæreditate quam tibi dedi, quæ ad fratrem meum jure legitimo rediret, contentus sis centum aureis. Denique hæc decisio apertè stabilitur per *l. dominus. 57. ff. de vsufruct.* vbi statuitur si testator reliquit vsumfructum prædiorum pluribus libertis ad alimenta, quod vno ex iis decedente pars deficientis non accrescat collegatario, sed ad dominum proprietatis reuertatur. Igitur testator aliquando potest jus accrescendi prohibere.

Objicitur decisioni *§. hæreditas. Inst. de hæred. inst.* vbi traditur, quod si testator instituat hæredem ex semisse, quod totus as in semisse erit, hac adjectâ ratione, quia nemo potest ex parte bonorum testatus, ex parte intestatus decedere. *l. 7. ff. de R. I.* Resp. Hoc tunc demum procedit, quando testator simpliciter hæredem instituit ex parte, vel certis partibus hæreditatis, aut certis rebus hæreditariis, puta ex domo vel fundo, tunc enim tacitè cæteræ partes hæredi instituto accrescunt. *l. 1. §. si ex fundo. l. si ita quis. 74. ff. de hæred. instit. l. cohæredi. 41. §. vlt. ff. de vulg. & pupil.* Si verò testator ideò pro parte certâ hæredes instituit, quia cætera bona voluit ad legitimos hæredes ab intestato peruenire, tunc potest pro parte bonorum testatus & pro parte intestatus mori, & per consequens prohibere, ne reliqua bona hæredi instituto accrescant. *argum. d. l. peto. 69. in princ. l. si quis ita. 82. ff. de hæred. instit.*

Secundò aduersatur regula juris tradita in *l. Nemo. 53. de leg 1.* quod nemo in testamento potest cauere, ne leges in suo testamento locum habeant. Resp. Quædam sunt, quæ dependent ab expressâ vel tacitâ testatoris voluntate, & in his potest testator facere quod vult, exprimendo suam voluntatem, sicut accidit in jure accrescendi. *d. l. 9. §. si duo. ff. de hæred. inst.* Quædam sunt, quæ non dependent ex voluntate defuncti, vt sunt solennitates testamentorum, & in his nemo facere potest, quod leges non habeant locum in suo testamento. Ita distinguit *Bart. in d. l. quoties. 9. §. si duo.* vbi approbat & confirmat hanc sententiam, quod testator potest prohibere jus accrescendi.

Sequitur

equitur *Gomez. tomo. 1. Var. resolut. cap. de jure accrescendi. num.* 10. Dissen-unt *Viglius ad §. hereditas. Inst. de testa. ordin. & Gothofr. ad l. jus nostrum 7. .de R. I.*

ASSERTIO XV.

Conditio testium in testamentis spectatur tempore conditi aut signati testamenti.

CONDITIO testium qui testamentis adhibentur, inspici debet tempore testamenti, non tempore mortis. tex. est in *l. ad testium 22. §. 1. ff. Qui st. fac. poss. l. 1. C. de testa.* Si ergo testis tempore testamenti idoneus fuit, on refert, si postea fiat inidoneus. Ratio est, quia jus testamenti & testium pectatur ex eo tempore, quo testamentum conscribitur & signatur. Regula nim juris dictat, quod ea quæ ab initio vtiliter constituta sunt, propter ad-entitium aliquod vitium non infirmantur. *l. in ambiguis.* 85. *§. non est nouum. f. de R. I.*

Objicitur huic sententiæ, quod duobus temporibus requiritur, vt testis te-amentarius sit idoneus, scilicet tempore conditi testamenti, deinde eo tem-ore, cum tabulæ testamenti aperiuntur & publicantur, & testes in judicio estimonii dicendi causâ producuntur. *l. 3. §. duæ. ff. de Carb. edict. l. 4. ff. esta. quem. aper.* Resp. Etsi testis sit in habilis eo tempore quo producitur pud Prætorem, siue quo tempore tabulæ testamenti aperiuntur, tamen pro-terea non corruit testamentum. Nam communiter à DD. receptum est, osse etiam testamentum per duos testes probari, si fortè vel cæteri testes nortui sint, vel instrumentum testamenti deperditum fuerit. per *l. 2. C. Quem-dm. testa. aper. arg. l. 2. C de bo. poss. sec. tab. Hotom. ad d. l. ad testium §. 1.* Pul-rè *Vigl. ad §. sed cum aliquis. Inst. de testa. ord. & Conna. lib. 9. comment. c. 3.* Notant DD. in *l. 2. C. de bo. poss. sec. tab.* per tex. *ibidem.* vbi tradunt amis-s tabulis testamēti, per duos testes testamentarios vltimam defuncti volun-tem plenè probari posse. Ergò si amisso testamento potest probari vltima oluntas per duos testes, etiam vno teste mortuo, vel illegitimo facto, vel luribus, subsistet nihilominus testamentum: quia per aliorum testium sub-criptiones & sigilla, vltima defuncti voluntas comprobabitur. Denique ad uem vsum fit testamentum in scriptura, si per eam vltima voluntas defuncti robari nequit? Vel quid differt testamentum scriptum à nuncupatiuo, si & lud à testium voce æqualiter pendet? Idem latè confirmat *Sichard. ad l. 1. .de testam.*

ASSERTIO XVI.

Non tantum annulo, sed etiam alio quouis sigillo characterem habente, testamentum signari potest.

QVÆRITVR an testes annulo tantum, an verò alio signo vice annuli testamentum signare possint. Et quidem vulgaris lectio in *l. ad testium 22. §. signum. ff. Qui testa fac. pos.* habet, quod annulo tantum quis signare possit testamentum; dum temen habeat χαρακτῆρα i. sculpturam vel imaginem aliquam. Quod & hac ratione comprobari videtur, quod si alia signa fortuita in testamentis admittantur, tunc veteris juris solennitas in testamentis introducta valdè labefactabitur. Verum rectius *Baro & Hotomannus in d. §. signum*, addunt negatiuam: legentes. Et magis est, vt non tantum annulo quis signare possit, adstruentes quouis signo posse signari testamentum. Quam lectionem sententia d. §. signum, omninò exigit, Nam illa verba, dum tamen habeat χαρακτῆρα subjiciuntur loco exceptionis à præcedenti generali oratione. Oportet itaque precedere hanc generalem orationem, licere non tantum annulo, sed quouis impresso signo signare, dum tamen habeat characterem, id est, insculptam sigilli imaginem. Confirmat quoque hoc ratio à ICto Vlpiano in *d. §. signum* adiecta, dum inquit, Variæ enim homines signant. Alioqui in oratione exclusiuâ, quâ diceretur, licere tantum annulo signare, ita scribendum fuisset, sed magis est, vt tantum annulo quis signare possit, & quidem eo qui habet characterem. Eaque sententia, quod non tantum annulo, sed & quouis alio sigillo possit signari testamentum, vsu & consuetudine seruatur: teste *Accursio & Bartolo in d. l. ad testium §. signum.* Quos sequuntur *Conna. lib. 6. comment. cap. 2. & Donel. lib. 6. comment. cap. 8.* Dissentit *Viglius ad §. possunt autem. Inst. de test. ordin.* qui vult annulo tantum posse signari tabulas testamenti, eò quod testamentum sit res maximi manenti, continens dispositionem de omnibus bonis defuncti. Hæc verò nostra sententia quod quouis signo vel sigillo testamentum à testibus possit subsignari, constitutione imperij est comprobata. *van Notarien. sub rubr. van testamenten vers. Nach der form eines testaments.*

ASSER-

ASSERTIO XVII.

Filiusfam. ne quidem consentiente patre testamentum facere potest.

QVI alieno juri subjecti sunt, vt filiifam. testamentum facere prohibentur. *l. 6. ff. Qui test. fac. poss. Instit. Quib. non est permiss. fac. test. in* [p]*rinc.* Quod adeò verum est, vt ne quidem consentiente patre testamentum [f]acere possit. *d. l. 6.* Ratio est, quia testamenti factio juris publici est, hoc [e]st testamenti faciendi facultas tribuitur jure publico & legibus, non priuatorum hominum voluntate *l. 3. ff. Qui test. fac. poss.* Atqui jus publicum [e]xigit, vt paterfamil. sit, qui de bonis suis testari volet. Iuri autem publico [p]riuatorum pactis derogari non potest. *l. jus publicum 38. ff. de pact.* Proinde [n]ec filiifam. legata aut fideicommissa codicillis relinquere possunt, quia hæc [o]mnia pendent ex factione testamenti. *l. 2. ff. de legat. 1.*

Sed opponitur huic decisioni, quod filiusfam. in causis publicis habetur [l]oco patrisfam. *l. filiusfam. 9. ff. de his qui sui vel alien. jur.* sunt. At testamenti factio est juris publici. *l. 3. ff. Qui testa. fac. poss.* Vnde & filiofam. [p]ermitti debet testamentum de bonis suis condere. Resp. Lex XII. tab. expresse requirit, vt paterfamil. sit, qui de re suâ pecuniaue testari volet. Sic [e]nim habent verba legis. XII. tab. Paterfam. vti super pecunia, tutelave sua [l]egassit, ita jus esto. Deindè quod dicitur in causis publicis filiumfam. haberi pro patrefam. hoc intelligendũ est de officiis & muneribus publicis, vt videlicet filiusfam. nõ minus quã paterfam. tutor esse, item magistratũ gerere possit.

Secundò objicitur. Filiusfam. potest consentiente patre mortis causâ donare *l. tam is. 25. §. 1. ff. de mort. caus. donat.* Ergò & testamentum facere potest permittente patre, quia mortis causa donatio est vltimæ voluntatis species. *§. 1. Inst. de donat.* Resp. Longè dissimilis causa est inter donationes causa mortis, & testamenta. Nam donatio est juris priuati, testamenti verò factio juris publici. Atqui quæ priuati juris sunt, priuatorum pacta admittunt, secus verò ea quæ ad publicam vtilitatem sunt constituta. *l. 3. ff. Qui testam. fac. poss.* In publicis enim causis nihil potest conuentio priuatorum. *l. jus publicum ff. de pact.* In castrensibus tamen & quasi castrensibus bonis permittitur filiofam. testamentum facere etiam inuito patre. *Inst. Quib. non est permiss. fac. test. in princ.* Ratio est, quia in hisce bonis filius habetur pro patrefam. *l. 2. ff. Ad SC. Maced.* Ideóque etiam filiusfam. Doctor, Iuris Medicus, Aduocatus, Magister artium, Notarius, possunt testari de bonis [r]atione officii vel professionis suæ acquisitis, quia hæc omnia computantur in quasi

in quasi castrensi peculio. *l. vlt. C. de inoff. test. l. fori. & l. aduocati. C. de advot. diuers. judic.* De profectitiis igitur & aduentitiis bonis filiisfam. testamentum facere non licet, ne quidem consentiente patre.

ASSERTIO XVIII.

Hæredis appellatio non solum ad proximum hæredem, sed & ad vlteriores refertur.

TRADITVR pro regulâ juris, quod hæredis nomine non solum primus hæres, sed etiam vlteriores, hæredisque hæres significatur, & cæteri deinceps longa serie succedentes. Vnde & hæredis hæres, primi testatoris hæres esse dicitur. *l. hæredis. 65. & l. sciendum 70. l. hæredis 170. ff. de V. S. l. qui per successionem 157. de R. I. l. vlt. C. de hæred. inst.* Exemplum est in *l. in annalibus. 22. C. de lega.* vbi rescriptum est, quod legatum annuum alicui & hæredibus ejus relictum, ejus quoque hæredibus in infinitum relictum censetur. Hinc & illud decisum est, si alicui in testamento conditio imposita est, vt hæredi daret, hæc etiam conditio in hærede hæredis adimpletur, *l. cum ita datur. 94. §. 1. ff. de condit. & demonstr.* Huc facit *c. 1. de homicid. in 6.* vbi ab Innocentio quarto Pont. sancitum est, quod Pontifex Romanus licet indignus & immeritus sit, hoc est, licet infinitis passibus à doctrina & moribus Apostoli Petri turpiter defecerit, nihilominus successor ejus dicatur, quamuis maximo numero alii medii intercesserint.

Opponitur primò *l. qui liberis. 8 §. vlt. ff. de vulg. subst.* vbi cum testator filio suo ita substituisset, *Quisquis mihi hæres erit, idem impuberi filio hæres esto*, de primo hærede tantum intellexisse videtur; neque hæredis hæres admittitur. Resp. Cessat hæc regula in substitutione pupillari. Ratio est, quia illi demum hæredes per hanc substitutionem vocati censentur, qui certi sunt, & quos affectione aliqua testator prosequitur, at ergà hæredem hæredis vt ignorum nulla versatur testatoris affectio. Vnde nec talis persona à patre filio substituta censetur.

Secundò aduersatur *l. antiquitas. 14. C. de vsufruct.* vbi deciditur, quod si testator Titio, ejusque hæredibus vsumfructum legauerit, primo tantum hæredi, non verò vlterioribus hæredibus vsumfructum reliquisse censetur. Resp. Dispositio hujus regulæ non procedit in legato vsusfructus hæredibus relicto, hoc enim legatum ad primum tantum hæredem pertinet, ne proprietas pertuò inutilis reddatur, sublata omni spe consolidationis.

Tertiò objicitur *l. sciendum 70. de V. S. & §. illud. Nou. 78.* Vt de cætero liberti, &c. vbi traditur, quod ingrati accusatio, quæ permittitur patrono & ejus

ſuis hæredibus libertum vt ingratum accuſare, & in ſeruitutem reuocare, tantum conceditur proximo hæredi filio, non etiamſi hæredi hæres extiterit. Reſp. Hoc ſpecialiter receptum eſt, quod ingrati liberti accuſatio vltra primos hæredes patroni non extenditur. Idque eâ ratione accidit, quia ingrati accuſatio odioſa eſt, quæ libertum ſub priſtinum ſeruitutis jugum reuocat, ideoque vltra primos hæredes patroni non porrigitur. *l. 1. 7. & vlt. C. de reuoc. donat. l.penult. C. de libert. & eo. liber.*

ASSERTIO XIX.

Inſtitutis iis hæredibus qui jure ciuili inſtitui non poſſunt, hæreditas non ad fiſcum defertur, ſed ad hæredes ab inteſtato pertinet.

HÆREDES illi tantum inſtitui poſſunt, cum quibus eſt teſtamenti factio, hoc eſt, qui ex teſtamento vel ipſi capere, vel alij acquirere hæreditatem poſſunt. *l. ſi alienum 49. §. 1. ff. de hæred. inſt. §. teſtamenti. Inſt. de hæred. qual. & diff. § legari Inſt. de legat.* Teſtamenti autem factio eſt ſolum cum ciuibus Romanis. *l. 1. ff. Ad l. Falc.* Hinc deportati, & in opus publicum perpetuò dati, vt ſunt qui moribus noſtris damnantur ad triremes, quia damnatione ciuitatem amittunt, fiuntque ἀπόλιδες. i: ſine ciuitate. *l. 2. §. 1. ſunt quidam 17. ff. de pœn.* nec hæredes inſtitui poſſunt tanquam peregrini. *l. C. de hæred. inſt.* Sed quæritur, ſi tales qui hæreditatem jure ciuili ex teſtamento capere non poſſunt, inſtituti ſint, an tunc hæreditas perueniat ad hæredes ab inteſtato, an verò ad fiſcum. Et verior eſt ſententia, ad proximos hæredes ab inteſtato hæreditatem incapacibus perſonis relictam pertinere, non verò ad fiſcum. Quod probatur per *d. l. 1. C. de hæred. inſt.* vbi traditur, quod ſi deportati ſcripti ſint hæredes, quod tanquam peregrini hæredes eſſe non poſſint, ſed hæreditatem in ea causâ eſſe, in qua eſſet, ſi ſcripti hæredes non eſſent. At ſi ſcripti hæredes non fuiſſent teſtamento, tunc hæreditas perueniret ad proximos hæredes ab inteſtato, nec prius admitteretur fiſcus, quam iſti omnes excluſi eſſent. *l. in plurium. 70. ff. de acqui. hæred. l. 1. ſi tab. teſtam. nul. ext. l. 1. in princ. & §. qui ſemel. ff. de ſucceſſ. edict.* Ideoque & deportatis hæredibus inſtitutis, hæreditas ad proximos hæredes ab inteſtato, non ad fiſcum pertinebit. Idem diſertè traditur in *l. 3. ff. De his quæ pro non ſcript.* vbi generaliter traditur, ſi quid relictum ſit in metallum damnatis, vel aliis incapacibus, pro non ſcripto haberi, nec ad fiſcum pertinere. Et hanc eſſe veram & communem DD. opinionē teſtatur *Iul. Clarus in recept.*

sentent. § *testamentum*, *quæst.* 22. quod scilicet, deportato instituto hereditas non applicetur fisco, sed pertineat ad heredes ab intestato, perinde ac si deportatus institutus non fuisset.

Opponitur huic assertioni *l. cum quidam* 12. *ff. de his quæ vt indig.* vbi dicitur, quod cum quidam scripsisset hæredes quos instituere non poterat, quamuis institutio non valeat, hæredibus tamen vt indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, auferri hæreditatem à Senatu & fisco applicari. *Resp.* Non dicitur in illâ lege, quod quidam scripserat hæredes, qui omnino institui non poterant, sed quos ipse scilicet testator instituere non poterat, vt intelligamus agi de hæredibus, qui conditione quidem suâ institui poterant, verum iis quos testator ob priuatas causas instituere non poterat, qualis est, qui instituit mulierem quam adulterio cognouerat. Hoc casu & similibus hæreditas vt indigno aufertur, & fisco vindicatur. *l. Claudius. & l. mulierem. ff. De his quib. vt indig.*

Secundo objicitur *l. si deportati.* 7. *in princ. de leg.* 3. vbi dicitur, si deportati seruo aliquid relictum sit, id ad fiscum pertinere. *Resp.* Id quod deportati seruo relictum est, pertinet ad fiscum. Cum enim omnia quæ deportatus post deportationem & publicationem bonorum acquirit, pertineant ad fiscum *l.* 2. *C. de bon. proscript.* hinc fit, vt quod seruo quem deportatus post deportationem acquisiuit, relictum est, perinde censeatur, ac si ipsi fisco relictum esset, cum fiscus sit verè dominus ipsius serui. Vnde & legatum seruo deportati relictum, fisco acquiritur, tanquam vero domino serui, vt res solent per seruos dominis acquiri. Verum quod ipsi deportato relictum est, hoc non pertinet ad fiscum, sed ad hæredes ab intestato, quasi pro non scripto sit, quod relictum est. *d. l.* 3. *ff. De his quæ pro non script. hab.*

ASSERTIO XX.

Institutio hæredis facta sub turpi demonstratione, vitiat institutionem.

TVRPIS demonstratio hæredis vitiat institutionem, vt puta si hæres institutus non appellatus sit suo nomine, sed turpi aliqua demonstratione, qualis contumeliæ causâ adjici solet. tex. in *l. quoties.* 9 §. *si quis nomen. ff. de hæred. inst.* Similiter & legata sub turpi conditione relicta sunt inutilia, *l. turpia.* 54. *de legat.* 1. vbi ita respondit IC. Pomponius, quod turpia legata, quæ denotandi magis legatarij gratia scribuntur, odio scribentis pro non scriptis habentur. Exempli gratiâ, ille qui nuper in hac ciuitate fustibus cæsus est, ille quem fama est, latrocinium his diebus commissum perpetrasse, ille qui nominatur

atur in hac urbe ſcurra, morio, hæres mihi eſto, vel tale legatum capiat. Hæc ſtitutio hæredis, hoc legatum jure improbatur, etiamſi conſtet, quis ille ſit, ui fuſtibus cæſus eſt, quis item ille, de quo ſit ſuperior fama & opinio. *d. l. urpia.* vbi additur ratio, quod odio ſcribentis, legata turpia, quæ denotandi nagis legatarii gratia ſcribuntur pro non ſcriptis habentur.

Sed opponitur huic deciſioni hæc regula juris, quod ſcienti & volenti nul- fiat injuria, vel dolus. *l. nemo videtur 145. de R. I.* vbi ſtatuitur pro regula, uo nemo videtur eos fraudare, qui ſciunt & conſentiunt. Ideóque ſi hæres ac demonſtratione inſignitus nihilominus agnoſcat hæreditatem, vel lega- um, nulla poteſt videri injuria illi à teſtatore irrogari. Reſp. Ideò hoc lega- um, hæc inſtitutio hæredis nulla eſt & inutilis, quia pugnat cum fine inſtitu- onis & legati. Nam inſtitutionis & legati hic finis eſt, vt hæredi inſtituto legatario honos exhibeatur. At turpi demonſtratione deſignato hærede vel gatario, inſtitutio & legatum hos dedecore & probro afficit. Non enim oſſunt ex eâ demonſtratione hæreditatem vel legatum petere, niſi prius con- eſſerint ſe eos ipſos eſſe, qui ſunt demonſtrati, quod illis turpe eſſet & pro- roſum. Pulchrè *Donel. lib. 6. com. c. 19.*

Secundò objicitur *l. his verbis 48. §. 1. ff. de hæred. inſt* vbi dicitur, quod va- t illa inſtitutio, Filius meus impijſſimus, malè de me meritus hæres eſto. eſp. Valet illa inſtitutio cum maledicto, dum tamen abſit contumelia. Vn- e iſta inſtitutio valet, Filius de me malè meritus, hæres eſto, quia pater vide- ir maledictum dicere magis admonendi & objurgandi filii causâ, quam illi notam quandam contumeliæ inurat. Sed ſi contumeliæ causâ adjicitur aledictum, quod maximè & præcipuè fit in hæredibus extraneis, tunc dio ſcribentis inſtitutio pro nullâ habetur. *d. l. turpia. Duar. ad tit. de ared. inſt. c. 3.*

ASSERTIO XXI.

Quæ inſtitutio, item quod legatum ab initio non conſtitit, ex poſt facto non conualeſcit.

QVÆSTIO mouetur à IC. an ſi ab initio non ſubſiſtit inſtitutio hære- dis, item legatum vel fideicommiſſum, vel propter vitium perſonæ, cui legari non poteſt, vel rei quæ legari non poſſit, ſi hoc impedimentum oſtea ſublatum ſit, redieritque in eum locum, à quo incipere poſſit lega- um vel fideicommiſſum, an conualeſcat legatum, an verò non confirme- ur, quia legati initium ſpectari oporteat? Exempli gratiâ, deportato legatum

 relictum

relictum est, is postea beneficio Principis in ciuitatem rediit, quæritur an legatum illi relictum conualescat? Item res mea mihi legari non potest, deinde à me alienata, mea esse desiit, quæsitum est, an hæc rectè mihi legetur. Et hæc regula Catoniana sic decidit, Quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocunque testator decessit, non valere. *l.1.ff.de reg. Cato.* Quibus verbis hæc vniuersa quæstio deciditur, vt siue alicui legari non potuit, siue res aliqua ab initio legari non potuit, ita ab initio inutile sit legatum, vt nulla mutatione personæ, aut rei postea incidente conualescat. Eáque sententia aliis duabus regulis juris confirmatur, quæ ita habent. Quæ ab initio inutilis fuit institutio, tractu temporis conualescere non potest. Item quod ab initio vitiosum est, tractu temporis conualescere non potest. *l.quod initio 29.l.quæ ab initio, penult. ff.de R.I.* Sic deportato legatum relictum non valebit, & ne quidem si viuo testatore ciuis Romanus esse cœperit, legatum conualescet. Similiter res mea mihi legari non potest, si legata sit mihi, quamuis viuo testatore sit alienata, nihilomagis legatum conualescet, quod ab initio non constitit. *l. cætera. 41. §. 1. de leg. 1.*

Sed objicitur *d.l.1.ff.de reg. Cato.* Cujus hæc sunt verba, Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum viuo testatore alienaueris, legatum tibi debetur. Resp. Hæc verba non ita accipienda sunt, ac si tibi purè legatus esset fundus proprius, vt si eum viuo testatore alienaueris, nihilominus tibi debeatur, sed ita intelligenda sunt, vt tibi fundus tuus legatus esse dicatur, sub hac conditione, si eum viuo testatore alienaueris, ac tum respondeatur hoc casu legatum deberi. Loquitur enim IC. Celsus illic de legato conditionali, atqui regula Catoniana ad legata conditionalia, & conditionales institutiones non pertinet. *l.penult.ff.de reg. Cato.* Idem confirmat breuiter & dilucidè Paulus in *l.mea.98.ff. de condit.& demonstr.* vbi respondit in hæc verba. Mea res sub conditione mihi legari potest, quia in hujusmodi legatis non testamenti facti tempus, sed conditionis expletæ spectari oportet. Similiter si deportatus institutus sit sub conditione, cum capere poterit, aut alia quauis, & tempore expletæ conditionis capere poterit, rectè institutus censatur, & capax factus hæreditatem capiet. *arg. l.in tempus.62. ff.de hæred.inst.* Regula enim Catoniana tum ad conditionales institutiones, tum ad legata conditionalia non pertinet, hoc sensu, vt quamuis quid legatum sit, quod si initium spectaremus, non valeret, tamen vtile sit, si tempore existentis conditionis vtiliter relinqui potuit, vt hoc tempus euenientis conditionis potius spectemus, quam facti testamenti. *d. l.mea. 98. ff. de condit. & demonst.*

ASSER-

ASSERTIO XXII.

Milites coram teſtibus ſaltem duobus teſtamentum ſine ſcriptis condere poſſunt.

MILITES quamuis à teſtandi ſolennibus immunes ſint, eorum tamen vltimum elogium coram teſtibus ſaltem duobus exponi debet, quoties ſine ſcriptis teſtantur, quo probari poſtea poſſit illorum voluntas. Neq; enim ſi in conuiuio aut congreſſibus familiaribus miles aliquem hæredem dixerit, continuò hoc pro teſtamento habebitur. §. *planè. Inſt. de teſt. mil.* Solemus enim aliquando in familiari colloquio, commemorantes alicujus erga nos merita, ciuiliter & honoris gratiâ magis, quam ex animo dicere, nos viciſſim velle, vt bona noſtra poſt mortem ad eum redeant. Debet igitur certò conſtare de militis voluntate, quod ſeriò teſtari voluerit, *l. Lucius 40. ff. de teſt. mil.* Quod aut ſcripto militis qualicunque, quod certum ſit ab eo eſſe profectum, conſtabit, vel ſine ſcripto idoneis teſtibus, coram quibus miles vltimum ſuum judicium protulit. Quam ad rem ex regula communi duo teſtes ſufficiunt, duo tamen vt minimum neceſſarii. *l. vbi. ff. de teſtib.* Non autem opus eſt, vt miles teſtes ſolenniter conuocet, quia rogatio eſt actus juris ciuilis, cujus ſolennitatibus milites non ſunt adſtricti.

Sed objicitur *§. planè. inſtit. de teſt. mil. & l. Diuus. 24. ff. eodem.* vbi dicitur, vt valeat teſtamentum militis, requiri vt coram teſtibus ſaltem duobus ad hoc conuocatis vltimam ſuam voluntatem exponat, quem ſcilicet velit ſibi eſſe hæredem. Reſp. Quod ibi dicitur, quod conuocatis ad hoc hominibus miles teſtatus eſt, illa verba duntaxat narratiuè non diſpoſitiuè ſunt poſita. Continent enim facti tantum narrationẽ, quod ſcilicet ita de facto euenerat, quod miles coram teſtibus vocatis de bonis ſuis diſpoſuerat; Verba autem enunciatiua ſeu narratiua nihil diſponunt. Ita rectè *Viglius in d. §. planè*, contra communem interpretum opinionem decidit, quod videlicet cum de militis vltima voluntate conſtat, irritum non fiat ejus teſtamentum ob hoc, quod teſtes ad teſtamentum faciendum non conuocauit. Cui ſententiæ adſtipulantur. *VVeſenbec. Stephanus Bodæus & alii.*

ASSERTIO XXIII.

Hæreditas non adita ad hæredes non transmittitur.

EXTAT variis locis hæc definitio seu regula juris, quod hæreditas non adita, aut bonorum possessio non agnita, ad hæredes non transmittatur, quæ traditur in *l. quoniam. C. de jure delib. l. vnic. §. in nouissimo. C. de caduc. toll. l. emancipata. C. Qui admit. ad bon. poss.* Cujus regulæ hæc est sententia, quod hæreditas non adita à defuncto, ne quidem ita ad hæredes transmittatur, vt possint eam adeundo consequi, jus enim adeundi hæreditatem ad hæredes non transmittitur. Mortuo itaque hærede ante aditam hæreditatem, ita hæreditas morte ejus amittitur, vt jam adeundo ab hæredibus defuncti amplius acquiri non possit.

Sed aduersatur huic decisioni hoc argumentum. Hæres succedit in omne jus defuncti. *l. hæres in omne. ff. de acqui. hæred. l. hæreditas. ff. de R. I.* Atqui jus adeundi habuit hæres defunctus, ergo illud transfert ad hæredes suos. Resp. Ad ea quæ personæ cohærent, hoc juris axioma non pertinet, quia quod personale est, ad hæredem non transit. *l. non solum. §. tale. ff. de liber. leg. l. quia tale. 13. ff. Solut. matr.* Atqui jus hæreditatis delatæ adeundæ est personale, quia personæ conditio locum facit huic beneficio. *l. in omnibus causis. ff. de reg. jur.* eò quod in hoc jure tribuendo, personæ hæredis, meriti, dignitatis, reuerentiæ ejus, aut similium rerum personæ cohærentium ratio habetur. Defertur enim hæreditas aut ob præcedens aliquod meritum plerumque hæredibus scriptis, aut ob conjunctionem sanguinis, proximis hæredibus ab intestato, liberis puta, parentibus, aut cognatis. *l. nec adjecit. & l. seq. ff. Pro soc.* Itaque cum beneficium delatæ hæreditatis adeundæ cohæreat personis hæredum scriptorum, aut proximorum cognatorum, ideò cum persona extinguitur, nec transit ad hæredes, *d. l. quia tale. ff. Solut. matr.*

Secundò obiicitur *l. cum antiquioribus. C. de ju. delib.* vbi sancitur, quod mortuo hærede, qui scit sibi delatam esse hæreditatem, ante aditam hæreditatem intra annum, jus deliberandi & vnà adeundi hæreditatem transmittat ad hæredes suos quoscunque, intra id tempus, quod ipsis, si viuerent, ex eo anno ad deliberandum reliquum esset. Resp. Hic specialis casus excipitur à generali regula, qua traditur hæreditatem non aditam non transmitti ad hæredes. Cujus specialis juris hæc est ratio, quia cum sciunt hæredes sibi delatam esse hæreditatem, neque adeunt, existimantur deliberare de hæreditate adeunda, & id jus deliberandi, atque ex eo jus adeundi, si expediat, sibi sumere, quod sumtum, & velut suum factum, non mirum si ad hæredes suos transferant.

Tertiò aduersatur *l.vnic.C.de his qui an.aper.tab.* tibi traditur, quod liberi parentum hæreditatem sibi delatam, nec aditam, quamuis juris sui ignari, ad liberos eosdemque suos hæredes transmittant. Resp. Speciali fauore liberorũ, hoc est singulariter indultum: quia enim hæreditas parentum liberis debetur naturali jure sanguinis, fit vt hæc transmissio hæreditatis parentum non aditæ facilius permittatur, vt ita nepotes ad auitam hæreditatem aui sui, filio fortè præmortuo, sine vllâ temporis præscriptione perueniant.

ASSERTIO XXIV.

Iuri adeundi hæreditatem 30. *annis præscribitur.*

COMMVNIS & recepta est DD. sententia, quod juri adeundi hereditatem 30. annis præscribatur. Ita notant *Accurs. & communiter DD. in l. 3. ff. de acqui. hæred.* Hæc sententia probatur primò hoc argumento, quod omnia jura personalia, siue publica siue priuata, 30. annorum præscriptione tollantur. *l. omnes. & l. sicut. C. de præscript. 30. anno.* Itaque & jus adeundi hæreditatem, longissimi temporis spacio, videlicet præscriptione. 30. annorum tollitur & extinguitur. Secundò eadem sententia confirmatur per *l. licet. 8 & ibi gloss. C. de jur. delib.* vbi dum negat tex. juri adeundi hæreditatem vel juri immiscendi se hereditati præscribi longo tempore, puta decem annis inter præsentes, viginti inter absentes, à contrario sensu colligitur juri adeundi præscribi saltem longissimo tempore, vt puta si quis per 30. annos cessauit adire hæreditatem, jam sit exclusus à jure adeundi, & præscriptione 30. annorum possit à petitione hæreditatis repelli. Tertiò facit ad hujus sententiæ comprobationem firma & efficax ratio, quia illud longissimum tempus inducit tacitam repudiationem. *l. si filius. C. de petit. hæred.* quæ est fortior & efficacior quam verbalis repudiatio. Ita notat *gloss. in l. si quis suus hæres. ff. de jur. delib. per l. 3. C. de jur. & fact. igno.*

Contra hanc communem & receptam DD. sententiam mouetur tale argumentum. Ius adeundi hæreditatem non est in bonis nostris, sed facultas tantum quædam censetur, seu potentia adeundi. *l. pretia rerum. 63. vers. sed & hæredem. ff. Ad l. falc.* Atqui quæ nudæ & meræ facultatis sunt, nullo tempore præscribuntur. *l. viam. ff. de via publ.* Ergò & jus adeundi hæreditatem nullo quantumuis longissimo tempore præscribitur. Resp. Propositio hujus argumenti falsa est, nam jus adeundi hæreditatem non est mera facultas duntaxat, sed est jus quoddam acquirendi hæreditatem, ex quo postquam est in actum deductum, producitur & nascitur petitio hæreditas. *l. 3. C. de instit.*

de instit. & substit. Præterea quod dicitur, impræscriptibilia esse, quæ meræ facultatis existunt, publicæ vtilitatis fauore procedit. Itaque in iis, quæ publicæ vtilitatis sunt, vt in viâ publicâ, locum habet. Nam quæ sunt priuatæ vtilitatis, præscriptione tolli possunt. *l. si quisquam. ff. de diuers. temp. præscript. l. in bello. §. si quis seruum. vers. ideoque transacto tempore ff. de capt. & postl.*

Secundò opponitur hoc argumentum. Ius adeundi hæreditatem in solo animo consistit. *l. si auia. C. de jur. delib. §. vlt. Inst. de hæred. qual. & diff.* Sed cum præscriptio sine possessione non procedat. *l. 3. ff. de vsucap.* & nemo sit, qui alterius animum possideat, hinc sequitur nec juri adeundi hæreditatem præscribi. Resp. Non agitur hic propriè de præscriptione, sed extinctione juris adeundi per non vsum longissimi temporis. Nam in juribus incorporalibus, quæ propriè non possidentur, satis est argui ejus negligentiam, qui jus sibi competens exercere negligit. *l. sequitur. §. si viam. ff. de vsucap. l. corruptionem. C. de vsufructu.* Hæc sententia quod juri adeundi hæreditatem, 30. annis præscribatur, communiter à DD. recepta est & approbata, ideóque ab eâ in judicando & consulendo non est recedendum. Ita attestantur *Sichard. ad l. licet. C. de jur. de liber. Gomes. Variar. resol. tom. 1. c. 9. nu. 17. & 28. Suarez in thesauro recept. senten. num. 60. in litera A.* Approbat *Corras. lib. 6. Miscel. cap. 21.* Dissentiunt *Salycet. & Fulgos. ad d. l. licet.* Aliter statuit *Mins. cent. 2. obs. 71.* qui vult juri quidem adeundi hæreditatem. 30. annis præscribi, sed juri immiscendi, quod competit suis hæredibus, nullo vnquam tempore præscribi posse. per *l. vnic. C. de his qui ante apert. tab.* & quia aditione hereditatis opus non habent. Cui sententiæ adstipulatur *Cuiat.* vir multæ doctrinæ atque eruditionis *in parat. C. de ju. delib.* vbi inquit, Si neque à Iudice, neque à Principe datum sit tempus ad deliberandum, jus, vt opinor, adeundæ hereditatis est perpetuum. *l. 1. C. de su. & legit.* & ita notant Græci ad *l. 4. C. Qui adm. ad bo. pos.* τὸ πολιτικὸν δίκαιον χρόνῳ οὐκ ἀποκλείεσθαι. Quibus crediderim magis, quam argumentis Latinorum ductis malè vel ex *l. 8. C. de jur. delib.* vel ex aliis locis. Postremo illud singulariter notandum, quod si filij ex capite vnde liberi ob 30. annorum præscriptionem à patris hæreditate repellantur, ad eandem ex capite, Vnde legitimi vel agnati nihilominus admittentur intra alios 30. annos. Ita communiter receptum esse à DD. notat *Zuarez in thesau. recept. senten. nu. 262. in litera F. per l. 1. §. sed videndum. ff. de succes. edic.* Eandem sententiam approbat & confirmat *Alcia. lib. 4. Paradox. c. 4.*

ASSER-

ASSERTIO XXV.

Filius viuo patre non est dominus bonorum paternorum.

QVOD filius viuo adhuc patre nullum habeat dominium in bonis patris, hisce argumentis liquidò satis comprobatur. Nam filius patre non consentiente manumittere non potest seruos paternos *l. si consentiente. 16. l. seruum 22. ff. de manumiss.* Adhæc filius viuo patre rem nullam paternam alienare aut oppignorare potest. *l. 4. C. Si res alie. pig. data sit. l. 3. C. de pat. pot.* Denique nec pro herede se gerere potest filius viuo patre in bonis paternis *l. neminem. 27. ff. de acq. hered.* vbi quod dicitur, neminem pro herede gerere posse, viuo eo, in cujus bonis gerendum sit, ita intelligendum est, neminen, id est filiumfam. quidem in bonis patris viuo patre se heredem gerere posse.

Sed obstat huic decisioni *l. in suis. 11. ff. de liber. & posth.* vbi traditur, quod filius quodammodò dominus est bonorum paternorum viuo adhuc patre. *Resp.* Dupliciter, vel quod fictione juris filiusfam. tantum dominus est bonorum paternorum κατὰ ἐλπίδα & in spe, quod scilicet mortuo patre statim necessariò filius consequetur dominium bonorum paternorum. Quicunque enim filii sunt, necessariò etiam heredes existunt in bonis paternis. Habent ergò filiifam. quasi dominium bonorum paternorum viuo patre, κατὰ πρόληψιν, id est per anticipationem, quoniam pater retinet administrationem bonorum suorum quamdiu viuit, filiusque post mortem patris non dicitur consequi nouum dominium, sed magis liberam bonorum administrationem. *d. l. in suis.* Vel secundò responderi potest, quod filius non simpliciter & absolutè est dominus bonorum paternorum, viuo adhuc patre, sed tum demum, si pater consentiat, & concedat illi plenam suorum bonorum administrationem & dispositionem. Sic rectè *Lactant. lib. 4. Inst.* scriptum reliquit, Filium minorem esse dominum, patrem majorem, ita vt sine patris arbitrio & voluntate filius nihil gerere & administrare possit in bonis paternis. Ita tradunt *Vaconius à Vacuna lib. 3. declar. c. vlt. Cujat. lib. 2. obseru. c. 14.*

ASSERTIO XXVI.

Hæredes tenentur ad defuncti bona exoluenda pro portionibus hæreditariis.

REGVLA juris est desumta ex legibus. 12. tab. quod hæredes debitoris tenentur ad æs alinum defuncti, creditoribus hæreditariis exoluendum pro portionibus hereditariis. Quæ regula relata extat in *l. 1. C. Si cert. pet. l. ea quæ. 6. C. Fam. ercisc. l. 2. & vlt. C. de hæred. act. l. hæredes. 25 §. idem juris. ff. Famil. ercisc.* Ideò autem diuiditur æs alienũ pro portionibus hæreditariis, quia cum hæredes teneantur, quatenus sunt hæredes, necesse est, vt pro ea parte teneantur, ex qua sunt hæredes. Quatenus enim ponitur causa, eatenus ponitur effectus. Successio est causa obligationis in hæredibus: Ergo eatenus obligantur quatenus succedunt. Adeò autem verum est obligationem ipso jure scindi inter hæredes pro partibus hæreditariis, vt pacto ipsorum hæredum effici non possit, vt vnus ipsorum teneatur creditoribus hæreditariis in solidum *l. pacto. 26. C. de pact.*

Sed contra hanc assertionem pugnat *l. 2. C. de hæred. act. & l. 2. C. Si vnus ex plurib. hered. credit.* vbi traditur, si heredes debitoris possideant res pignori obligatas à defuncto, tunc non conueniuntur singuli hæredes, qui possident res pignoratas pro hæreditariis portionibus, quas habent in pignore, sed in solidum, quoad totum debitum exoluant, vel pignore quod detinent, in totum cedant. Resp. Decisio prædicta procedit in actionibus personalibus, non vero in hypothecariâ actione; nam ea actione conuenti hæredes debitoris, si possideant rem pignori obligatam, singuli in solidum pro debito conueniri poterunt. Ratio duplex est: prima, quia hypotheca seu pignus obligatur in solidum, vt tam diu teneatur vinculo obligationis, donec omnis pecunia soluta fuerit *l. si rem. §. omnus ff. de pig. act.* Altera ratio est, quia actio hypothecaria sequitur rem pignoratam, & contra ejus possessorem competit. Itaque cum hæredes debitoris actione hypothecaria conueniuntur à creditoribus, alio coherede facto paupere, coheredes pro parte ejus tenentur; Quod non eodem modo obtinet in actionibus in personam, in quibus vno ex hæredibus facto paupere, alius pro ejus parte conueniri non potest. *l. legatorum 33. de leg. 2. Costal ad l. hæredes. 25. ff. Famil. ercisc.*

Secundò in contrarium adfertur *l. si possessor 55. ff. de rei vend.* vbi statuitur, si vnus ex pluribus heredibus possessoris totum fundum possedit, quod in solidum condemnari debeat. Resp. Præscripta assertio obtinet tantum in personalibus actionibus, non verò in actione in rem seu rei vendicatione,

nam

am ibi vnusquisque hæres qui possidet rem petitam, in solidum tenetur, amnaturque in solidum, non pro hæreditaria portione. Ratio est, quia actionem in rem parit possessio aduersarii. *d.l. si possessor. 55. ff. de R. V. l. 1. C. de te. jud. mut. caus.*

Tertiò aduersatur *l. 2. §. ex iis l. in executione. 85. ff. de V. O.* vbi proponitur, quod hæredes debitoris qui promisit iter dari, vel opus fieri, singuli neantur in solidum. Regula supra scripta non obtinet, si conueniantur cohedes de re indiuiduâ, puta ex stipulatione iter dari, vel opus fieri, tunc enim nguli hæredes tenentur, damnanturque plerumque in solidum.

ASSERTIO XXVII.

Codicilli nullam solennitatem ordinationis desiderant.

CODICILLI sunt voluntatis supremæ imperfecta testatio, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. Differunt hac notâ codicilli à testamentis, quod testamentum sit plena & perfecta dispositio de omnibus onis defuncti, codicilli verò sunt imperfectum testamentum. Hinc testaento tantum rectè hæres instituitur, at codicillis hæres institui non potest. *codicillis. Inst. de codicil.* Codicilli etiam sunt imperfectum testamentum, uoad solennia, quia non peraguntur codicilli certis solennibus, sicut testaenta. *§. sed cum paulatim. Inst. de testam. ord. l. hac consultißima. in princ. C. eod.* linc scriptum est, in *§. vlt. Inst. de codicil.* quod codicilli nullam solennitam ordinationis desiderant.

Sed objicitur prædictis, quod codicillis etiam hæreditas relinqui potest, er fideicommissum. *l. 2. C. de codicil.* Resp. Ex hoc apparet totam hæreditem codicillis vtiliter relinqui non posse, quoniam semper quarta Trebellinica apud hæredem remanere debet, qui hæreditatem restituit, illudque ireſt vtrum hæreditas relinquatur testamento, an petatur ex codicillis per fieicommissum. *l. 2. in fin. ff. de jur. codicil. l. cohæredi. §. cum filiæ. ff. de vulr. & pupil. subst.*

Secundò grauiter aduersatur *l. vlt. C. de codicil.* vbi statuitur, quod ad hoc t valeant codicilli, requiratur vt adhibeantur quinque testes, item si fiant in riptis, tunc subnotationem seu subscriptionem testium exigant. Ex quius ostenditur, codicillos non omninò esse sine solennitate ordinationis, & c hoc non conuenit cum eo, quod scriptum est in *§. vlt. Inst. de codicil.* odicillos nullam ordinationis solennitatem desiderare. Resp. Quod dicir codicillos nullam ordinationis solennitatem desiderare, hoc referendum st ad jus vetus Institutionibus comprehensum. At jure nouo per constitu-

tionem Theodosii, quæ longo post interuallo introducta est, hoc statutum est, vt in codicillis exigantur quinque testes, & præterea eorum subnotatio requiratur, si fiant codicilli in scriptis. Præterea illi etiam in codicillis testes esse possunt, qui in solennibus & iustis testamentis testes esse vetantur. Hinc mulier ad testamentum testis adhiberi nequit, in codicillis verò testis esse potest, *l. qui testamento. 20. §. mulier ff. Qui test. fac. poss.* Denique in testamento non nisi testes rogati interuenire possunt, at in codicillis testes rogati an fortuitò intersint, nihil interest *d. l. vlt. C. de codicil.* Pulchrè *Donel. lib. 7. com. c. 19.*

ASSERTIO XXVIII.

Rei legatæ dominium acquiritur legatario statim ab aditâ hæreditate.

DOMINIVM legati post mortem testatoris acquiritur legatario, ex quo scilicet adita est hæreditas. *l. si tibi homo. 86. § .cum seruus. l. seruum 44. §. 1. de leg. 1.* Non verò dominium legati acquiritur prius, nec legata citius deberi intelligantur. Ratio est, quia potest hæres relictam sibi hæreditatem repudiare, atque sic hæreditate non aditâ, irritum fiet quicquid in testamento est scriptum. *l. si nemo. 9. ff. de test. tut.*

Sed aduersatur *l. à Titio. 64. ff. de furt.* vbi statuitur legata rectâ viâ à defuncto ad legatarium transire. Vnde colligunt DD. dominium legati statim à morte testatoris transire in legatarium. Resp. Hoc illa lex non probat, sed tantum significat, seruum legatum nunquam factum hæredis, cum nec ante, nec post aditam hæreditatem illius esse potuerit, eò quod dominium legati rectà in legatarium transeat. *l. legatum 80 ff. de legat. 2.* Proindè si ante aditam hæreditatem seruus legatus rem hæreditariam surripiat, poterit hæres ob eam causam contra legatarium experiri, quia noxa caput sequitur, licet seruus, delicti perpetrati tempore non fuerit legatarii. Æquum enim est, vt quem commoda cujusque rei sequuntur, eum quoque comitentur incommoda. *l. secundum naturam. ff. de R. I.* Ita hanc controuersiam definiunt. *Anton. Guib. lib. 1. qu. jur. c. 14. Fab. lib. 6. conject. c. 1.*

ASSER-

ASSERTIO XXIX.

Legata relicta ab instituto, à substituto tacitè repetita censentur.

CAVTVM est jure & pro regulâ traditum, quod legata ab instituto relicta, tacitâ voluntate testatoris à substituto repetita censeantur. Quæ decisio proponitur in *l. licet. 74. ff. de legat. 1. l. non justum. 4. C. ad SC. Trebel. l. si titio. 61. §. 1. de leg. 2.* Conjectura voluntatis sumitur ex his rebus. Quod testator legauit alicui, id voluit ei omninò præstari. Nihil autem causæ est, cur id velit præstari ab instituto hærede, nolit autem à substituto præstari, quia minus dilexit substitutum quam institutum, cum institutum prætulerit in hæreditate substituto. Huc facit, quod substitutus testatoris judicio eandem hæreditatem consequitur. Igitur consentaneum est, vt substitutus qui in cæteris judicium testatoris agnouit, etiam in hac re agnoscere debeat. Accedit & hæc ratio, quod testator substituendo heredi instituto, dicitur substituere in omnibus. *l. Iulianus. ff. de hered. Inst. l. coheredi in princ. ff. de vulg. & pup.*

Sed aduersatur huic regulæ *l. sub conditione. 73. ff. de hæred. inst.* vbi traditur sub conditione hæredi instituto si substituamus, eandem conditionem non censeri repetitam in substitutione, sed purè substitutum intelligi. Resp. Alia est voluntas testatoris in legato quod ab instituto relictum est, alia in conditione institutioni adjecta. In legato ea mens est testatoris, vt omninò perueniat ad legatarium, itaque sic perueniet, si quod ab instituto legatum est, repetatur etiam à substituto. In conditione autem institutioni adjectâ, aut solum institutum onerare voluit ea conditione testator, aut voluit soli substituto consultum, quo magis hæreditas ad eum deficiente conditione perueniret. Itaque non alium conuenit onerari conditione, quam testator voluit, multò etiam minus conditionem nocere ei, cui testator ea conditione prodesse voluit.

Secundò obstat quod Scæuola respondit in *l. quidam. 14. ff. de jur. codicil.* vbi legatum ab instituto datum, qui in viuis non erat tempore testamenti, à substituto ejus repetitum non censetur. Resp. Ea demum legata relicta ab instituto, repetita censentur à substituto, quæ ab initio constiterunt. Atqui legatum relictum ab eo hærede qui in viuis non erat tempore codicillorum, nullius est momenti; Ideóque à substituto ejus non debetur.

Tertiò repugnat assertioni *d. l. licet.* vbi dicitur, si euidens fuit voluntas testatoris in contrarium, non censeri legata ab instituto relicta, repetita à substituto. Resp. Superiori regulæ locus est in dubia & obscura voluntate testa-

toris: Cæterum vbi eſt manifeſta voluntas teſtatoris in contrarium, quod ſcilicet teſtator noluit legata repetere à ſubſtituto, ceſſat hæc regula, Quæ voluntas ex duabus rebus colligitur: prima eſt, ſi teſtator eidem fideicommiſſario, vel legatario aliam rem reliquerit à ſubſtituto, quam ab inſtituto non reliquerat; tunc enim non cenſetur cogitaſſe de repetitione. *d.l.licet.* Secunda eſt, ſi fideicommiſſarium ipſum, cui ab inſtituto reliquerat legatum vel fideicommiſſum, ex parte ſubſtituerit hæredi inſtituto, quia tunc alterutro contentus eſſe debet, vel legato, vel ſubſtitutione. *d. l. licet.* Eleganter de hac quæſtione diſſerit *Donel. lib. 8. com. cap. 29.*

Quartò opponitur *l. ſi plures. 98. de legat. 3.* cujus hæc ſunt verba. Si plures gradus ſint hæredum: & ſcriptum ſit, Hæres meus dato, ad omnes gradus hic ſermo pertinet, ſicuti hæc verba: Quiſquis mihi hæres erit. Itaque ſi quis velit non omnes hæredes legatorum præſtatione onerare; ſed aliquos ex his: nominatim damnare debet. Ex quibus poſtremis verbis colligitur, quod ſi ab inſtituto legatum ſit relictum nominatim, non videri repetitum à ſubſtituto. Reſp. Illa lex diſponit de pluribus inſtitutis qui eodem gradu ſunt, quod non tenetur alter ſcilicet cohæres, qui non eſt grauatus: cum grauatus adierit. Ita reſpondit *Comenſ. in d. l. licet. col. pen. verſ. ad l. ſi plures.*

Quinto objicitur textus in *l. pater meus 29. §. quod alicujus. ff. de leg. 2.* vbi deciditur, quod quis fidei hæredis nominatim committit, ita demum videtur dari voluiſſe, ſi ille extitiſſet hæres. Reſp. Ille textus loquitur in cohærede, qui venit per jus accreſcendi, nos vero in ſubſtituto. *Alciat. de præſumtion. reg. 2. præſumt. 35. nu. 4.*

Sextò aduerſatur *l. quærebatur. 20. § vlt. ff. de milit. teſtam.* vbi traditur, quod quando ſubſtitutio eſt directa militaris, legatum relictum ab inſtituto, non cenſetur relictum à ſubſtituto. Reſp. Hoc ſpecialiter receptum eſt in teſtamento militis. Rationem vide apud *Menoch. de præſumt. lib. 4. præſumt. 108. nu. 53. & ſeqq.* Aliter reſpondent. *Coraſ. in rubr. C. de impub. & aliis ſubſtit. num. 9. verſ. aliam autem. Duarenus in tit. de militari teſtam. cap. penult.* Approbat hanc deciſionem *Facbinæus libro 5. controuer. juris. cap. 39.*

ASSERTIO XXX.

Legata & fideicommiſſa in teſtamento non ſolenni relicta, ne quidem naturaliter debentur.

VERIOR eſt ſententia, legata & fideicommiſſa in teſtamento minus ſolenni relicta, nullo jure, & ne quidem naturaliter deberi; quæ probatur hiſce

re hisce sequentibus argumentis. Primum sumitur à causa obligationis. Cessante causa cessat effectus, atqui causa cur debeantur legata, est aditio hæreditatis, *l. 3. §. vlt. & l. 4. ff. Ex qu. caus. in poss. ea.* Cum igitur ex testamento imperfecto non adeatur hæreditas, consequens est, nec legata deberi. Pro regula enim traditum est, hærede non adeunte hæreditatem, nihil valere quod in testamento scriptum est. *l. si nemo. ff. de testam. tute. l. si nemo. 181. de R. I.* Secundum argumentum à simili depromitur. Vt enim ex stipulatione non rectè facta non oritur obligatio naturalis *l. 1. §. si quis ita. de V. O. l. 1. §. eum ... ff. de const. pec.* ita etiam non oritur ex testamento non rectè facto. Tertium argumentum ducitur ab effectu, nam hæc legata soluta repetuntur per condictionem indebiti. *l. fideicommissum. 7. C. de condict. indeb. l. 2. §. 1. ff. eodem.* Ergo non debentur naturaliter, alioqui naturalis obligatio impediret repetitionem soluti *l. naturaliter 13. ff. de condict. indeb.*

Contrariam sententiam, quod scilicet naturaliter debeantur legata ex testamento minus solenni, tuetur Accurs. in *l. 4. C. de jur. & fact. ign.* eamque probat hoc argumento. Ex testamento solenni oritur naturalis & ciuilis obligatio: simul igitur ex testamento non solenni oritur naturalis obligatio tantum. Resp. Non valet consequentia, nam ex testamento non solenni & imperfecto nulla oritur obligatio. Nec magis valet argumentatio Accursii, quam si quis ita argueret. Ex vero testamento oritur naturalis & ciuilis obligatio simul, ergo ex falso testamento oritur naturalis obligatio tantum.

Secundò objicitur *l. 2. C. de fideicom.* vbi dicitur, fideicommissum inutiliter relictum, non repeti ab eo qui soluit, per condictionem indebiti, quia non ex sola scriptura, sed ex conscientia fideicommissi relicti videtur hæres satisfecisse voluntati testatoris: Hinc ergo apparet naturaliter deberi, quia nisi naturaliter deberetur, posset repeti. Resp. Fideicommissum in specie illius legis ideo non potest repeti, quia solutum fuit ab hærede scienter, non per errorem: Cujus autem per errorem soluti repetitio est, ejus consulto dati donatio est, *l. cujus. 53. ff. de R. I. l. 1. ff. de cond. indeb.*

Tertiò opponitur *l. in testamento 38. ff. de fideicom. libert.* vbi testator alumnæ suæ libertatem reliquit, & fideicommissa dedit in testamento imperfecto: Filii vero succedentes ab intestato manumiserunt alumnam, Imperator pronunciauit, eam rectè manumissam, & fideicommissa quoque ab intestato ei deberi. Resp. Hoc speciale est in alumna, vt ipsa verba legis ostendunt, pium enim & fauoris plenum est legatum, partim fauore libertatis, partim in gratiam alimentorum relictum, quæ piæ sunt & fauorabiles causæ.

Quartò quod legatum & fideicommissum testamento minus solenni relictum, debeatur naturaliter, videtur confirmari ex *l. vlt. ff. de rebus eo. qui sub. ut.* vbi voluntas testatoris efficax est, licet in testamento irrito & inutili est ex-

est expressa. *Resp.* Ea voluntas non inducit obligationem, ideò autem sortitur effectum, quia tutor eam voluntatem secutus sponte prædia pupillaria vendiderat, ergo rectè distraxit, quia Principis oratione cauetur, vt distrahi possint secundum voluntatem patris, neque requirit oratio, vt ea voluntas sit in testamento solenni expressa, *l. 1. §. 1. ff. de reb. eo. qui sub tute.* Quocunque igitur modo de eâ voluntate constet, venditio sustinebitur. Verior itaque & probabilior est sententia, legata & fideicommissa in minus solenni vel imperfecto testamento relicta, nullo jure deberi. Attamen legata in testamento imperfecto & non solenni relicta, in foro conscientiæ, & animæ, vt loquuntur, esse præstanda & implenda latè probat *Fachinæus libro quarto controuers. juris cap. 5.*

ASSERTIO XXXI.

Clausula hæc, Si non sequar juris solennitatem &c. non inducit fideicommissum.

SI testator adscripsit testamento suo, se nolle secundum nimiam & miseram vel scrupulosam diligentiam testari, sed potius animi sui rationem sequi, quam juris solennitates, & id testamentum aliquo modo propter omissas solennitates irritum fiat, quæri solet ab interpretibus, num valeat saltem jure codicillorum hæc dispositio? Et communiter à DD. receptum est, valere, teste *Ripa. ad l. 3. nu. 24. de leg. 1.* Sed contraria sententia tanquam verior sequenda est, & pro certo statuendum est, quod quoties quis testamentum facere instituit, pro codicillis hanc dispositionem non esse habendam, nisi id nominatim testator expresserit. Quod manifestè probant *l. coheredi. 41. §. quæ ita locum. ff. de vulga. & pupil. l. ex testamento. 29. C. de fideicommiss. l. 3. vers. quemadmodum. ff. de milit. test.* quæ leges vnanimi consensu statuunt, tunc demum testamentum valere codicillorum jure, quando testator adjecit clausulam codicillarem, hoc scilicet modo. Si testamentum non valet jure solennis testamenti, valeat saltem jure codicillorum. Nec refert quod testator noluit juris solennitates in testamentis ordinandis requisitas sequi. Si quidem nemo potest cauere, ne leges in suo testamento locum habeant. *l. nemo potest. 55. de leg. 1.* Quinimò & legibus testamentorum Imp. qui mundi dominus est, se obstrictum fatetur, & hereditatem se non posse ex testamento imperfecto vendicare, ipsi Impp. rescripserunt, addita hac eleganti sententia, quod nihil tam proprium sit imperii, quam legibus viuere. *l. 3. C. de testa. l. ex imperfecto. 23. de leg. 3.*

Sed objicitur huic decisioni Scæuolæ responsum in *l. Lucius. 88. §. vlt. de leg. 3.*

.2. vbi traditur, quod si quis ita in testamento scripsit. Si quid aliquid inus legitimè vel peritè fecero, pro jure legitimo haberi debet sani hominis voluntas, quod propter hanc clausulam adiectam, relicta fideicommissa ab intestato debeantur. Resp. Ideò sustinetur ibi ista dispositio in vim dicillorum, quia testator eos, ad quos hæreditas sua ab intestato pervenra esset, rogauerat, & consequenter clausulam codicillarem testamento jecerat. Quod enim dixit, si quid minus peritè sit factum, pro iure legino haberi debet sani hominis voluntas, ita intelligi debet, ut si testamenm quod testator facere destinauit, ob defectum alicuius solennitatis rruat, tunc vltima voluntas eius valeat ex causâ intestati. Nam iuris letimi appellatione, successio quæ ab intestato defertur, designatur. *l. si aut llum. l. lege duodecim. §. cum aliam & §. seq. l. vlt. in princ. & §. cum igitur. C. de leg. red. l. 2. ff. de su. & legit.*

ASSERTIO XXXII.

In legatis posterior voluntas potior est priore.

Icut in legibus & constitutionibus Principum posteriores semper præualent prioribus. *l. vlt. ff. de const. Princ.* & quemadmodum pacta nouissima derogant prioribus. *l. pacta. 12. C. de pact.* Ita in legatis quoque ro regulâ seruatur, quod posteriores scripturæ præualeant, & potiores nt prioribus. *l. si mihi. 12. §. vlt. de legat. 1.* Idque meritò receptum est, quia ui posterius scripsit, quod priori contrarium est, à priori voluntate recesse videtur. Licet enim testatori, quoad viuit suam extremam mutare oluntatem. *l. 4. ff. de adimend. lega.* Porrò sciendum est, quod prior & posteor scriptura dicatur duobus modis: nam aliquando scriptura prior est dine, sed posterior est intellectu, & è contra, quæ scriptura ordine est porior, prior est intellectu. Quoties autem illud accidit, tunc ordo intelctus potius, quam scripturæ attenditur. *d. l. 12. §. vlt. l. si ita sit adscriptum. 14. de leg. 1.* Exempli gratiâ. Si ita testator scripsit in testamento. Si cui bis leuero, semel ei deberi volo, deinde postea ei in testamento adscripsit ias quantitates, vel duos fundos, vnum tantummodò legatum valet, alrum ademtum censetur. *d. l. si ita sit adscriptum. 14. de leg. 1* Nam etsi ademo datione fit prior, ordine scripturæ præpostero inspecto, natura tamen ne intellectu est posterior.

Sed huic prædictæ. *l. 14.* grauiter obstat *l. si quis in principio. 22. de leg. 3.* vbi citur, si quis in principio testamenti ita scripserit. Cui bis legauero, semel beri volo, & postea eodem testamento, vel codicillis, sæpius eidem le-

gauerit, plura esse legata, & posteriorem scripturam seruari, non priorem. Resp. Hoc ideò ibi ita statutum est, quia vt subiicitur in *d.l.si quis*, testator adiecit specialiter in testamento, se prioris voluntatis pœnituisse, & voluisse, vt legatarius plura legata acciperet. Hæc dicitur clausula derogatoria, quia derogatur priori voluntati, efficiturque vt posterior scriptura seruetur, non prior. Ratio decidendi est, quia nemo potest sibi ipsi eam legem dicere, vt à priori voluntate ei recedere non liceat, nemoque potest suam ipsius ligare voluntatem. *l. quod autem.7.§.penult.ff.de donat. int. vir. & vx.l.Diui.6.§.licet.ff.de iur.codicil.* Pulchrè *Cuiat.lib.14.Obs.c.7.*

ASSERTIO XXXIII.

Testator Trebellianicæ deductionem prohibere non potest.

NOBILIS est quæstio, an possit à testatore Trebellianica prohiberi. Et verior est, probabiliorque sententia, Trebellianicam non posse testatoris prohibitione auferri. Quæ sententia expressis textibus probatur, scilicet, per *§.sed quia stipulationes. Inst. de fideicom. hæred.* vbi statuitur, siue hæres habeat quartam Trebellianicam ex voluntate testatoris, siue minus, siue penitus nihil, vt tunc, quando nihil, vel minus quarta apud eum remaneat, liceat ei quartam vel id quod quartæ deest, ex S C. Trebelliano retinere. Eadem decisio confirmatur per *l. si vt allegas.11. C. Ad l. falc.* ubi statuitur, si pater filium hæredem instituit, & jussit eum fratribus hæreditatem restituere, certisque rebus pro Trebellianica esse contentum, quod non obstante ista dispositione testatoris, possit nihilominus integram Trebellianicam retinere.

Verum in contrarium adfertur. *Nov. de hæred. & Falcid. §. si verò expreßim*, vbi statuit Imp. prohiberi posse à testatore Falcidiam, ergo & Trebellianica prohiberi poterit. Nam Falcidia & Trebellianica æquiparantur, & paribus passibus ambulant. *l.Macellus. §. quod autem ff. Ad S C.Trebel.* imò ad exemplum legis Falcidiæ Trebellianica detractio est inducta. *l. pater filiam. ff. Ad l. Falcid. l.jubemus. C. Ad S C. Trebel.* Denique eadem videtur ratio subesse in Trebellianica, quæ est in Falcidia: scilicet vt hæredes hoc lucro & commodo allecti hæreditatem adire non recusent, & sic defuncti voluntas exitum sortiatur. Resp. Non obstantibus istis rationibus contraria sententia est verior: quandoquidem legislator non ignarus, quid commune sit Trebellianicæ cum Falcidiâ, Falcidiam prohiberi posse

constituit, de Trebellianica verò nihil adjecit in *d. No. de hered. & Falcid.* Adhæc ante hanc Nouellam certum fuit Trebellianicam prohiberi non potuisse, quia nemo facere potest, quin leges in suo testamento locum habeant. *l. nemo potest. de leg. 1.* & satis id luculenter probant. *d. l. si vt allegas. C. Ad l. Falc. & d. §. sed quia hæredes.* Sed per dictam Nouellam contrarium non est constitutum, ergo manet jus antiquum incorrectum, vt à testatore nequaquam prohiberi possit detractio quartæ Trebellianicæ. Ad argumentum verò objectum, quod scilicet magna sit affinitas & similitudo Falcidiæ & Trebellianicæ, respondetur, quod licet hoc ita sit, non ideò tamen si in vno simili corrigitur jus antiquum, ideò statim in alio correctum esse censetur. Ideòque vt maximè in plurimis conueniant Falcidia & Trebellianica, tamen standum est juri antiquo, donec expresse sublatum sit, nec per vllam consequentiam, aut tacitam interpretationem licet nobis illud corrigere aut emendare. Adhæc perspicua ratio diuersitatis militat in hoc casu inter Falcidiam & Trebellianicam. Nam Trebellianicæ detractio competit hæredi grauato restituere hæreditatem per fideicommissum, quia inuitus cogi poterat à fideicommissario adire & restituere hæreditatem. *l. 4. ff. ad S C. Trebel.* Falcidiæ autem beneficium datur hæredi grauato ad legata præstanda, qui quidem inuitus cogi non poterat à legatarijs ad adeundam hæreditatem. *l. si quis omissa. 17. ff. Si qu. omiss. cau. test.* Ideòque cum hæres fideicommisso grauatus hæreditatem restituere, in eo sit deterioris conditionis, quam hæres oneratus legatis, quod scilicet cogi possit à fideicommissario ad adeundam & restituendam hæreditatem, merito pro compensatione talis incommodi hoc lucro dignus censetur, vt Trebellianica priuari non possit à testatore, licet heres oneratus legatis Falcidia priuari possit. Hanc sententiam, quod testamento Trebellianica prohiberi non possit, defendunt & amplectuntur *Fachin. lib. 5. contro. c. 4. & 5. Vaudus lib. 2. quæst. c. 17.* Dissentiunt *communiter D D. in Auth. sed cum testator. C. Ad l. Falcidiam.* longa serie congesti ab *Antonio Gabriel. in lib. 4. conclus. tit. ad Trebellian. conclus. 1. nu. 2.* qui testatur hanc esse communem, & ita judicatum fuisse refert *Ioan. Pap. in suo Recuel. tit. de substitutionis. arrest. 19.* Declaratur hæc communis opinio, vt locum non habeat in liberis primi gradus. *l. si vt allegas. C. Ad l. falc. Guid. Pap. decis. 51. num. 1. & cons. 122.* vbi inquit in judicando & consulendo ab hac declaratione non esse recedendum. Sequitur & approbat *Andr. Gail. lib. 2. Observat. cap. 138.* Dissentit *Menoch. de præsumt. lib. 4. præsumt. 198. nu. 5.*

ASSERTIO XXXIV.

Sumtus studiorum à filio post mortem patris facti, de suis propriis bonis, non ex communi hæreditate solui debent.

PROBATVR hæc assertio per *l. si filia. §. idem scribit. ff Fam. ercisc.* vbi traditur, quod si filius post mortem patris munera aliqua suscepit, & æs alienum eo nomine contraxit, ab his oneribus cohæredes siue fratres ejus & sorores, liberi & immunes esse debent. Idem confirmatur per *l. ex parte. 39. §. filius. ff. eo.* vbi deciditur, quod si filius debita quædam post mortem patris contraxit, fratri suo pro parte hæreditaria ea reputare non potest, licet paternam hæreditatem communem possideant. Denique hæc sententia stabilitur per *l. Lucius. 21. §. idem respondit. ff. ad Munic. & l. 3. §. vlt. ff. de munerib. & honorib.* vbi statuitur, quod si filius post mortem patris honores vel munera aliqua suscepit, puta si Doctoratus insignia consecutus est, vel Senator aut decurio factus est, hos sumtus in hanc dignitatem consequendam factos non de communi patrimonio, sed de propriis suis bonis sustinere debet, licet pater viuus pro altero filio hæc onera expedierit.

In contrarium facit. *d. l. si filia. §. idem scribit. ff. Fam. ercisc.* vbi statuitur, quod si pater pro filio in vita ejus incœpit aliquod munus suscipere, quod hoc post mortem patris perfici debet ex communibus bonis, ac si hoc patris æs alienum fuerit. Secundò adducitur in contrariam partem. *l. hæres socij. 40. ff. pro soc.* vbi traditur, quod hæres socij, quamuis socius non sit, tamen debet negotia per defunctum inchoata perficere & absoluere. Resp. Eatenus tenentur hæredes negotium à patre incœptum continuare & finire, quatenus ipse pater ad hoc erat de necessitate obligatus. Sed pater non tenebatur in vita sua ad hoc, vt ad finem & consummationem vsque studiorum filio suo suppeditaret sumtus. Ergo nec hæredes patris ad hoc de jure obligati censentur, quia hæres debet ejusdem esse conditionis, cujus fuerat defunctus. *l. hæredem. ff. de R. I.* Hæc solutio confirmatur euidenter per *l. etsi filium. 15. ff. de mun. & honor.* vbi traditur, quod si pater consensit in vitâ suâ filio in decurionatu consequendo, sumptusque ad hoc munus sustinendum filio suppeditauit, quamuis decurionatus sit initium ad alias dignitates. *l. honores. §. is qui. ff. de decur.* tamen hæredes & successores patris non tenentur ad onera sustinenda

aliorum

aliorum munerum seu dignitatum, quæ filio post mortem patris injungentur. Accedit pro confirmatione hujus sententiæ & hæc ratio, quod æquum est eum sustinere onera & incommoda, ad quem lucra & commoda perueniunt. At verò cum emolumenta & lucra studiorum ratione quæsita, puta ex munere Docturæ vel aduocationis ipsius filij commodo cedant, neque ea fratribus suis communicare cogatur, æquum etiam est, ut ipse solus pro patrimonij sui portione sumtus studiorum sustineat. Secundò obst. *l.vnic. C. de peric.succes. paren. lib.10.* vbi onus dignitatis quæsitæ per patrem transit ad heredes. Resp. Hoc ideò dispositum est, quia viuo patre filius accipit honores. Hanc sententiam, quod sumtus post mortem patris ad perficiendum studium à filio impensi, pertineant ad onus ipsius filij, non verò cohæredum, tuetur & approbant *Bart.* lucerna veritatis *ad l.1. §. nec castrense.num.vlt.ff. de collat. Sichard. ad l. filiæ. C. famil.ercisc. SneideW. ad §.quædam actiones.num.54.Inst. de act. Vital. in tracta. de collat. quæst.37.* A quibus solus dissentit *Dynus ad l. Lucius.21. §. 2. ff. ad municip.*

ASSERTIO XXXV.

Habitationis facultas alicui donatione concessa, morte donatoris finitur.

PROBATVR hæc decisio manifestè in *l.Lucius.32.ff.de donat.* vbi traditur, quod mortuo eo, qui gratuitam habitationem domus vel cœnaculi alicui concessit vel donauit, possint hæredes donatoris, donatarium à concesśâ habitatione prohibere. Quæ decisio adeò vera est, ut etiamsi adjectum sit in donatione, vt donatarius quamdiu vellet domo vel hospitio uteretur, tamen nihilominus poterunt donatoris hæredes mortuo donatore eum prohibere: quia hæc clausula quamdiu vellet, eatenus accipienda est, quamdiu donatarius vellet viuo donatore, vel eo mortuo, quamdiu permittent hæredes donatoris.

Sed vehementer obstat dictæ *l. Lucius. l. Aquilius.27. ff.de donat.* vbi expressè traditur, quod si donator, qui dedit alicui vel concessit gratis habitationem alicujus domus, mortuus sit, non possint hæredes ejus mortuo donatore donatarium habitatione prohibere. Resp. Illa lex loquitur & procedit in donatione remuneratoriâ, quæ largius & benignius interpretanda est, quam absoluta, mera, & simplex seu propria donatio. Itaque cum *in d. l. Aquilius*, discipulus donauit præceptori habitationem

remunerationis loco, quia eum doctrinâ suâ & eloquentiâ meliorem & doctiorem reddiderat, rectè decîditur hanc donationem transire etiam ad hæredes donatarij, neque posse hæredes donatoris prohibere, quominus donatarius quoad vixerit, donatione fruatur. Donatio inquam quam facit discipulus præceptori, non est simplex, sed remuneratoria donatio, quia doctrina nullâ mercede pecuniariâ æstimari potest, & vt inquit eleganter Plato, Deo, parentibus, & præceptoribus non potest reddi æquivalens. Quinimo Alexander Macedonum Rex dicebat se plus debere præceptori suo, quam patri, quia ab illo benè vivendi, ab hoc vivendi tantum principium & originem esset consecutus. Itaque donatio habitationis in aliquem collata, si pura propria & absoluta sit donatio, non transit ad hæredes donatoris. Donatio verò remuneratoria ad hæredes donatoris omninò transmittitur. Hæc enim remuneratio potius solutionis quam donationis loco censetur. *l. si pro patre.* 10. *§. si domini. ff. de in rem vers.* imò permutationis vicem hæc donatio repræsentat. *l. sed etsi lege.* 25. *§. consuluit. ff. de pet. hæred.* Ideòque cum à merà propriâ donatione longissimè distet, transit etiam ad hæredes donatoris. Eleganter *Cujat. lib. obs.* 17. *c.* 33. & *lib.* 21. *c.* 37.

ASSERTIO XXXVI.

Donatio non revocatur, etiamsi donatarius inopi donatori non præstet alimenta.

QUÆRITVR, si donator in aliquem contulerit omnia sua bona, vel maximam partem bonorum, & deinde ad paupertatem perueniat, an debeat ali à donatario, & si non alatur, an iustè reuocari possit donatio. Et quidem putat *Accurs. in l. vlt. C. de reuoc. donat.* posse ob hoc reuocari donationem. Verior tamen & juri magis est consentanea contraria sententia, quod scilicet ob denegata donatori alimenta à donatario rescindi non possit donatio. Quæ opinio primò probatur per *l. vlt. C. de reuoc. donat.* vbi sancitur ob quinque tantum causas ingratitudinis reuocari posse donationem, inter quas tamen non recensetur hæc causa denegatorum alimentorum. Deinde ex eo confirmatur hæc decisio, quod donatarius nulla obligatione adstringitur ad alendum donatorem. Obligatur quidem donatarius naturaliter ad remunerandum donatorem. *l. sed etsi. §. consuluit. ff. de petit. hæred.* sed non obligatur ad alimenta illi vel vllam rem certam præstandam, deinde obligatur illi tantum naturaliter

ad remu-

ad remunerandum, ex quâ obligatione nulla naſcitur actio. *l. naturales. ff. de obligat. & act.*

Pro contraria ſententia, quam tuetur *Baldus in d.l.vlt. C. de reuocand. donat.* quod ſcilicet juſta cauſa reuocandæ donationis ſit, ſi donatarius non præſtat donatori alimenta, adfertur *l. decurionibus. ff. de decur.* vbi traditur, decurionibus lapſis facultatibus alimenta de publico decerni permiſſum eſſe, maximè ſi ob munificentiam in patriam patrimonium exhauſerunt. Reſp. Tribuitur hoc jus tantum decurionibus, ſeu Senatoribus Reipub. non tàm quia bona ſua donarunt patriæ, ſed quia decuriones ſunt, nam etſi nihil donarint patriæ, tamen illis ob inopiam à Repub. decernuntur alimenta. Adde quod non dicitur, decurionibus lapſis facultatibus alimenta decerni debere, ſed permiſſum eſſe: quo verbo ſignificatur, poſſe quidem ciuitatem alimenta decurionibus decernere, ſi velit, ſed non neceſſe habeat, ſi nolit. Cui enim permittitur, vt poſſit aliquid facere, hic non neceſſariò cogitur. *l. ſæpè. cum l. ſeq. ff. de off. præſ.*

Secundò opponitur hoc argumentum. Liberi debent inopes parentes alere. *l. ſi quis à liberis. ff. de agnoſ. lib.* Sed donator omnium bonorum patris loco eſt donatario. Ergò hic donatori tanquam egenti alimenta præſtare debet. Reſp. Per donationem nemo efficitur alicui patris loco, quia pater tantum vel naturâ efficitur per nuptias, vel jure ciuili per adoptionem. Sed extraneus donator, etiam per donationem omnium bonorum non efficitur loco patris.

Tertiò hoc modo argumentantur in contrarium. Reuocatur donatio ob injuriam non leuem à donatario illatam donatori. Sed non leuis eſt injuria, ſi donatarius locuples & fruens bonis donatoris, donatorem egenum alere recuſet, ideo quod ad antidora ei eſt obligatus. *d. l. ſed etſi lege. §. conſuluit. ff. de pet. hæred.* Ergo & ob denegata donatori alimenta jure poteſt donatio reuocari. Reſp. Ob atroces tantum injurias illatas donatori, enumeratas in *l. vlt. C. de reuocand. donat.* reſcinditur donatio, inter quas non refertur ea, ſi donatarius locuples non præſtet egeno donatori alimenta. Facit quidem contra officium viri boni, imò ingratus & inhumanus eſt donatarius, qui pauperem donatorem in præſtandis alimentis operâ & auxilio non ſubleuat, ſed tamen jure publico ad hæc præſtanda non cogitur. Nam aduerſus eos, qui beneficia acceperunt, nulla jure ciuili actio eſt prodita, ad quicquam ab ijs eo nomine exigendum, vti nec aduerſus ingratos vlla eſt actio ingrati conceſſa. Pulchrè *Donel. lib. 14. com. c. 27.* Diſſentit *Clarus lib. 4. recept. ſenten. §. donatio quæſt. 2.* vbi notat communem eſſe DD. opinionem, quod reuocari poſſit donatio prætextu ingratitudinis, ſi donatarius donatori non præſtiterit alimenta. Idque ex ea ratione, quia

cum

cum negans alimenta quodammodo videtur necare; ſequitur, quod hæc legitima ſit cauſa propter quam donatio prætextu ingratitudinis poſſit reuocari. per *l. necare. ff. de liber. agnos.* Et ita tenuit *Gl. in d. l. vlt. C. de reuoc. dona. in verb. voluerit.*

ASSERTIO XXXVII.

Bonæ fidei poſſeſſor non tenetur ad reſtitutionem fructuum conſumtorum, licet ex ijs factus ſit locupletior.

BONÆ fidei poſſeſſor fructus conſumtos in judiciis particularibus, vt in rei vendicatione reſtituere non cogitur, etiamſi ex iis factus eſt locupletior. Quæ ſententia apertis textibus comprobatur, ſcilicet per §. *ſi quis à non domino. Inſtit. de rerum diuiſ.* §. *etſi hæreditas. Inſt. de off. jud. l. 4. §. 2. ff. Fin. regund. l. quæſitum. 40. ff. de acqui. rer. dom.* Quæ leges vnanimi conſenſu docent, bonæ fidei poſſeſſorem lucrari fructus conſumtos, pro culturà & curà. Stabilitur etiam hæc doctrina hac ratione, quia ſi bonæ fidei poſſeſſor eo caſu teneretur fructus conſumtos reſtituere, quo factus eſt locupletior, ſequeretur iſtas leges, quæ affirmant eum fructus conſumtos lucrari, tunc demum procedere, cum bonæ fidei poſſeſſor fructus inutiliter conſumſiſſet, quod ſanè abſurdum eſſet, cum nemo ſuum præſumatur jactare. *l. cum de indebito 25. ff. de probat.* Ideòque non eſt veriſimile, leges ad eum caſum reſpexiſſe, qui raro euenire ſolet.

Aduerſatur huic aſſertioni. *l. 1. C. de pet. hæred. & l. item veniunt. 20. §. eos autem. l. ſed etſi. §. conſuluit. ff. eod.* In quibus deciditur bonæ fidei poſſeſſorem in petitione hæreditatis, ſi ex fructibus conſumtis locupletior effectus ſit, eorum nomine conueniri poſſe. Reſp. Hoc ſingulare eſt in judiciis vniuerſalibus, vt in petitione hæreditatis, & in actione familiæ erciſcundæ, quod bonæ fidei poſſeſſor etiam fructus conſumtos reſtituat, quatenus ex iis factus ſit locupletior. *d. §. conſuluit. l. non eſt ambiguum. 9. C. Famil. erciſc.* Ratio eſt duplex; Prima quia fructus percepti augent hæreditatem tanquam jus vniuerſale. *l. item veniunt. 20. §. non ſolum. verſ. fructus ff. de petit. hered.* Secunda ratio eſt, quia fructus petuntur iure actionis, perinde atque ipſa corpora hæreditaria. *d. verſ. fructus. l. 1. & 2. C. de pet. hæred.* aliter atque in rei vendicatione, qua conuentus bonæ fidei poſſeſſor, non iure actionis, ſed tantum officio iudicis fructus extantes reſtituere tenetur; Itaque in

ue in consumptis fructibus repetendis cessat omne remedium. *l.4. §.* *ost litem.ff. Fin.reg. Wesenb.ad d.§.si quis à domino.*

Secundò in contrarium adfertur argumentum ex æquitate. *l. si me & Titium. ff. de reb. cred.* vbi dicitur, æquum esse, quod ex re mea ad te perue-nit, id mihi restitui, item ex æquitate, quæ vetat neminem cum alterius amno locupletari. Resp. Æquitas tradita *in d.l.si me & Titium.* huc non ertinet, quia illa lex docet æquum esse, vt pecunia mea, quæ ad te perue-nit, mihi reddatur, hic autem agitur de fructibus, quos bonæ fidei posses-or lucratur pro cultura & cura. Deinde justa causa est, cur bonæ fidei ossessor lucretur fructus cum alterius jacturâ, quia loco domini penè est. *bonæ fidei.48.ff.de acqu.rer.dom.*

Tertiò repugnat *l. item verberatum.§.1.ff.de rei vend.* vbi dicitur possesso-em præstaturum, si fructus perceptos distraxit. Resp. Illa *l.* accipienda st de possessore, qui pendente judicio fructus distraxit. Idque ea ratione onfirmatur, quia si bonæ fidei possessor ante litem contestatam rem & ructus distraxisset, non posset rei vendicatione conueniri, cum nec possi-leat, nec dolo possidere desierit. Hanc sententiam sequuntur & appro-ant *Fachin.lib.1.coutro. iur.c.58. Faber.lib.4.conject.cap.17.* Dissentiunt *Bart. ad & ex diuerso.nu.7.ff.de rei vend. Couar.lib.1.variar.resolut.c.3.*

ASSERTIO XXXVIII.

Traditionibus & usucapionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur.

PRo regula juris traditum est, quod traditionibus & vsucapionibus, non nudis pactis & contractibus dominia rerum transferantur. Quæ regula proponitur *in l.traditionibus.20. C.de pact. l. quoties.15.C.de rei vend.* Traditionibus transfertur dominium à domino ex justa causa factis, vsu-apionibus, si traditiones factæ sint à non domino. Traditionibus jure entium, vsucapionibus jure ciuili. Nudis autem pactis seu contractibus, udaue conuentione dominium non mutatur. Exempli gratia. Etsi emtio udo consensu perfecta est, tamen dominium non mutatur, nisi & res tra-ita sit, & pretium sit numeratum. *§.venditæ.Inst.de rerum diuis.* Ratio hujus egulæ est, quia dominia rerum cœperunt à naturali possessione. *l.1.ff. de cqui.poss.l.1.ff.de acq.rer.dom.* Ergò ad translationem dominii opus est tra-itione, id est, datione possessionis.

Opponitur primò huic regulæ *l.vlt.§.penult.& vlt.C.de S S.Eccles.* vbi tra-

Bb ditur,

ditur, quod si quid venditum, donatum vel promissum est Ecclesijs, & locis ad pauperum alimoniam destinatis, puta Xenodochiis, orphanotrophiis, & aliis similibus locis, quod statim solis pactis & contractibus sine ulla traditione transferatur in ea corpora dominium. Resp. Speciali & singulari jure hoc beneficium Ecclesiis & aliis piis locis concessum est, vt statim in hæc corpora transferatur dominium, si quid ex emtione, donatione vel alio contractu sibi comparauerint, licet nondum illis res sint traditæ. Vnde & pro his rebus venditis & donatis, licet non interuenerit traditio, datur Ecclesiis & Xenodochiis non solum actio in personam, sed etiam in rem. Ergò dominium transfertur in hæc pia loca sine traditione, quia nulla datur in rem actio, nisi illis qui iure ciuili aut gentium dominium acquisiuerunt. *l. in rem. 23. ff. de rei vend.* Hoc ergo speciale priuilegium conceditur *in d. l. vlt. C. de sacr. eccl.* ecclesiis & aliis piis locis, puta Xenodochiis & orphanotrophiis, quod ipso iure dominium sine traditione in eos transferatur. Quod & in eadem *l.* ad civitates extenditur, vt & in rebus per hæreditatem relictis, legatis venditis & donatis ciuitatibus, dominium in eas sine vlla traditione transferatur. *tex. in d. l. vlt. in verb. necnon iuri ciuitatum.* Ecclesia enim fiscus & ciuitates plerunque paribus passibus ambulant, & iisdem priuilegiis fruuntur. *l. Respublica. C. Ex qu. cau. maio. l. Rempublicam. C. de iur. reipub. lib. x1. Gl. elegans in l. quas actiones, C. de sacr. eccl.*

Secundò opponitur, quod dominium legati transit recta via in legatarium sine vlla traditione defuncti, aut hæredis, vel possessionis apprehensione. Sicut & eodem modo acquiritur donatio causa mortis donatario, ad exemplum legati. *l. à Titio. 64. ff. de furt. l. 2. ff. de Pub. in rem act.* Item aditione hæreditatis hæres fit dominus omnium rerum hæreditariarum, licet nondum earum rerum possessionem sit nactus. *l. hæres in omne. 37. ff. de acq. hæred. l. cum hæredes. 23. ff. de acq. poss.* Resp. Prædicta regula intelligenda est de actibus & contractibus inter viuos celebratis, in his non transfertur dominium absque traditione. Quod ex eo satis constat, quia cum dicatur dominia non transferri nudis pactis, apparet de actibus inter viuos sensisse Imperatores. Itaque quoties agitur de dominio inter viuos transferendo, hoc non aliter fit, quam traditionibus & vsucapionibus; atqui ex vltimis morientium voluntatibus, vt puta testamentis & successionibus ab intestato, transferuntur dominia etiam absque traditione, videlicet per aditionem hæreditatis, & legati agnitionem.

Tertiò opponitur, quod ex pacto legis commissoriæ, quo paciscitur venditor, vt nisi intra certum tempus pretium soluatur, fundus sit inemtus, detur venditori existente conditione rei vendicatio, licet nondum sit ei traditio facta. *l. 4. C. de pact. int. emp. & vend.* Idem obtinet in pacto addictionis

ictionis in diem, quo conuenit, vt si alius meliorem conditionem offerat
ntra certum tumpus, fundus sit inemtus. *l. si quis hac. 41. ff. de rei vend.* Resp.
n his conuentionibus non nouum dominium acquiritur, sed vetus quod
nte habuerat dominus, retineri fingitur. Nam ea conditione res erat tra-
ita ab initio, vt statim rediret ad dominum, conditione existente, seu vt
es esset inempta.

ASSERTIO XXXIX.

Ministri Ecclesiarum bona propria habere & possidere possunt.

MINISTRI ecclesiæ possunt etiam proprias facultates possidere, quia Euangelium approbat etiam politicas ordinationes, quæ omnibus concedunt propria bona. Item cum Christus dicit, Dignus st operarius mercede sua, tribuit eis proprietatem bonorum, quia merces st cujusque propria. Vnde & ex Hieronymo citatur *c. 16. q. 1.* vbi dicitur, uod Apostolicis viris & Euangelizatoribus Christi in necessarijs vsibus olle tribuere, seipsum condemnare est.

Sed opponitur locus *Lucæ 9. vers. 3.* Non licet vobis possidere argentum n zonis. Resp. Hoc dictum non tollit vsum aut proprietatem rerum, neque vetat ministros proprias facultates tenere, sed prohibet principaliter n ministerio quæri aut spectari priuata commoda, hoc est, vetat ministeium ad quærendas opes, aut potentiam comparandam suscipere, vetat ninisterium deseri propter inopiam. *P. Melanth. in Ethicis.* Licet ergò ministris & pastoribus ecclesiarum proprias opes & facultates possidere, nam & pse Christus habuit proprios loculos, ex quibus suis & suorum necessitaibus, & aliis indigentibus prouidebat, *Lucæ 8. v. 23.* sed ita voluit Deus faultates & bona propria possideri etiam à ministris ecclesiæ, dummodò ropter ea principaliter non seruiatur Deo, neue propter inopiæ timoem justitia deseratur. *c. habebat. 12. quæst. 1.* Qui enim Deum non propter Deum quærunt, sed propter temporalia commoda sequuntur, mercenarii unt, non autem pastores. *c. sunt in ecclesia. 8. q. 1.*

Secundò obstat locus *Actor. 4. vers. 32.* vbi dicitur. Multitudinis eorum ui credebant, erat cor vnum & anima vna, nec quisquam aliquid eorum uæ habebat, suum esse dicebat, sed erant eis omnia communia. Concorlat. *c. dilectissimis. & c. duo sunt. 12. q. 1.* vbi traditur quod clerici victu & vetitu contenti, nullam inter se proprietatem habentes, debent habere

omnia communia. Resp. Hoc institutum de communione bonorum ineunda, & retinenda eos demum obstringebat, qui vltrò propriis divitiis & facultatibus renuntiauerant; quo casu cum vltrò semel se adstrinxerant ad communionem bonorum, neque quid proprium possidere decreuerant, huic voto & promissioni seruandæ seriò obligabantur, alioqui exrra illam obligationem licet vnicuique etiam ministro ecclesiæ, proprias facultates legitimè possidere. Adde quod eo loco Lucas Euangelista vniuersis non præscribit legem, quam necesse habeant sequi, dum recitat quid egerint illi in quibus singularis quædam spiritus sancti efficacia se exeruit, nec sine exceptione de omnibus loquitur. Proindè ex eo loco non potest colligi inter omnes Christianos debere vniuersalem omnium bonorum communionem constitui, eò quod quidam tantum peculiariter in primitiuâ ecclesiâ bona sua vendebant, & in commune possidebant. Verum licet ex ministerio Euangelij vitæ necessaria accipere debeant ministri, tamen non debet hic præcipuus esse scopus ministrorum, vt acquirant opes & diuitias ex prædicatione Euangelij, sed debent esse contenti necessarijs vitæ alimentis, iuxta illud Hieronymi. Quicquid præter necessarium victum, ac simplicem amictum retines de altari, tuum non est, rapina est, Sacrilegium est. Item, Clerici qui bonis parentum sustentari possunt, si quod pauperum est, accipiunt, Sacrilegium committunt, & per abusum eiusmodi, iudicium sibi manducant & bibunt. Ita refertur *in c. clericos. 1. & 2. quæst.*

ASSERTIO XL.

Alvei mutatio transfert dominium, sed sola inundatio dominium agri non mutat.

SI flumen agrum alicuius ita occupauerit, vt ex eo fecerit alveum, prior dominus amittit fundi sui dominium, & ager ille à flumine in alvei formam redactus, incipit eiusdem iuris esse, cujus est flumen, id est publicus. *§. quod si naturali. Inst. de rer. divis.* Ideò autem aluei mutatio, hoc est cum flumen ex agro alicujus facit alueum, aufert & mutat dominium, quia non potest amplius dici idem ager, eò quod mutatur prioris agri forma. Ideòque si flumen hunc alueum, quem fecerat occupatione agri alicuius priuati, iterum deserat, & redeat ad priorem alueum, ager qui ab alueo occupatus erat, non redit ad priorem dominum, sed eorum incipit esse, qui propè ripam eius prædia possident. *d. §. quod si naturali.*

Sed

Sed huic §. grauiter refragatur Cajus *in l. adeò 7. §. quod si toto. ff. de acq. rer. om.* vbi tradit, si agro alicujus occupato flumen postea redeat ad prio-rm alueum, & derelinquat agrum occupatum, tunc stricto jure non re-t quidem ager ad priorem dominum, quia ager ejus esse desiit amissa rma, sed tamen IC. ait, vix esse vt id obtineat. Ergò vult IC. quod per uei mutationem non amittatur prorsus agri dominium, sed quod alueo lumine derelicto, redeat ager à flumine ante occupatus ad priorem do-inum. Resp. Cajus ex benigna æquitate, contra scrupulosam juris sub-itatem id statuentis, propter priuationem prioris formæ, id receptum cit. Quæ benignitas neglecto subtili jure seruanda est, & retinenda, & icto juri præferenda, vt ita domino priori ager suus à flumine occupa-s iterum restituatur. Si flumen enim non totum ejus agrum, sed par-m aliquam occupasset, propter vicinitatem alueus ad eundum domi-m rediret. Ita eleganter tradit *Baro ad § insula Inst. de rer. diuis.*

Alia est causa inundationis, si ager alicujus totus inundatus sit, quia illa undatio, sicut aluei mutatio non mutat speciem fundi. Inundatio im sola non mutat formam agri, sed aluei immutatio, dum flumen ex-uat fundum, atque in aliam formam redigit. Et ob id si flumen ab agro, em inundauerat, recesserit, fundus ejus manet, cujus & fuerat ante. §. *a sanè. 24. Inst. de rer. diuis. l. 7. §. aliud. ff. de acq. rer. dom. l. cum vsumfructum. 24. uib. mod. vsufruct. amitt.*

Sed obiicitur huic decisioni *l. quid tamen 10. §. agri. & l. si ager. 23. ff. quib. d. vsusfr. amit.* vbi inundatione maris & fluminis vsusfructus & proprie-s agri inundati amitti dicuntur. Resp Quando inundatio longo tempo-durauit, & flumen tam diu occupauit agrum, vt formam eius mutaue-, vel alueum ex agro fecerit, aut agrum in stagnum vel paludem trans-rmauerit, tunc dominium & vsusfructus agri extinguitur. At verò si flu-en impetu aliquo agrum occupauit, & mox repentino refluxu iterum edat, tunc proprietas & vsusfructus agri eius manet, cuius fuit & ante. *curs. in d. l. si ager.*

Secundò videtur obstare *l. 3. §. Labeo. & l. qui vniuersas. 34. item quod mari. ff. acq. poss. l. cum unus. 12. §. fin. ff. de reb. auct. iud. poss.* vbi traditur, quod per inun-tionem maris vel fluminis possessio agri amittitur. Resp. Amittitur qui-m possessio agri per inundationem, dominium tamen non mutatur, ia possessio cum proprietate nihil habet commune. *l. naturaliter. §. nihil mmune. ff. de acq. poss.* Quod tamen ita intelligendum est, vt ita demum undatione amittatur possessio agri, si magna & diuturna sit inundatio, vt ager omninò non videatur nec coli possit. *Castrens. ad d. §. Labeo.* Ex o sequitur, quod si fundus à flumine occupatus sit, quem alius cœperat

 possidere

possidere & vsucapere, quod per hanc inundationem vsucapio cœpta interrumpatur: quia sine possessione eaque continua non procedit vsucapio, at verò per inundationem interrupta est possessio *d. l. si ager. ff. quib. mod. vsusfr. amit.*

ASSERTIO XLI.

Vsucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis à lege definiti.

HÆc definitio est Modestini tradita *in l. 3. ff. de vsucap.*

Sed obijcitur hoc argumentum. Si per vsucapionem dominium adipiscimur, dominium ex pluribus causis continget. Etenim ex plurimis causis vsucapimus, quia ex plurimis causis possidemus. At dominium nobis ex vna causa tantum contingere potest, non ex pluribus. *l. 3. §. ex pluribus. ff. de acq. poss.* Ergò dominium vsucapione non acquiritur. Resp. Falsum est, quod dicitur, ex pluribus causis nos vsucapere, licet ex pluribns causis possideamus. Vt puta si rem emi à Titio, & postea Titio hæres extitam, eandem rem ex pluribus causis possideo, pro emptore, & pro hærede, sed tamen ideò ex pluribus causis non vsucapio, quia quod meum est, amplius meum fieri non potest. *§. sic itaq;. Inst. de actio.* Vsucapionis causa proxima est possessio. Titulus est causa possessionis. Itaque plures causas & titulos possessionis habere possumus. Idque plurimum prodest, magnumque habet effectum, quia si ex vno titulo possessionem non probemus, ex altero probare possumus. Vsucapionis non nisi vnica & proxima est causa, scilicet possessio, vnicuique tantum titulus est dominii.

Secundò opponitur hoc argumentum. Definitio continere debet omnia substantialia rei definitæ. Sed hæc definitio ea non continet. Ergò est vitiosa. Nam ad vsucapionem necessarius est titulus, & bona fides *Inst. de Vsucap. in princ. l. nullo 24. C. de rei ven l.* & tamen eorum non fit mentio in definitione vsucapionis. Resp. Non est necesse, vt omnia substantialia membra rei definitæ expresè comprehendantur definitione, sed satis est, si ea tacitè subintelligantur. Ad vsucapionem requiritur quidem titulus & bona fides, sed ea tacitè sub definitione comprehenduntur. Cum enim dicitur in definitione, vsucapionem esse adeptionem dominii, per continuationem possessionis, intelligimus huiusmodi possessionem, quæ iusta est & legitima, hoc est, quæ iusto titulo & bona fide fundata est, & munita.

ASSERTIO XLII.

Ad vsucapionem perficiendam titulus est necessarius.

HÆc enunciatio comprobatur apertis textibus. Primò *in l. vnica. C. de usucap. transfor. in verb.* vt in omnibus iusto titulo possessoris cœpta detentia non interrumpatur ex posteriore alienæ rei scientia. Secundò idem astruitur *in l. vlt. C. de præscript. long. temp. in verb. bono initio possessionem tenen-tes.* Deinde hoc confirmatur hac evidenti ratione, quod ad complendam vsucapionem requiritur iusta possessio. *l. 3. ff. de vsucap.* Atqui nulla possessio iusta censetur absque titulo. Titulus enim nihil aliud est, quam causa possidendi, iustificandæque possessionis, hoc est, qua defenditur cuiusque possessio ab impugnatione alterius. Dicitur enim titulus à tuendo, quod factum authoris sui defendat ac tueatur. Denique idem comprobatur *in l. nullo 24. C. de rei vend. & l. diuturna 4. C. de præsc. long. temp.* vbi statuitur, quod sine iusto titulo vsucapio vel præscriptio longi temporis non procedit.

Opponitur primò, *l. quòd vulgo 11. ff. pro emptore.* vbi error falsæ causæ, siue titulus putatiuus ad vsucapionem prodest, puta, si quis putet se emisse, cum reuera non emerit. Resp. Non quilibet error seu opinio tituli sufficit ad vsucapionem, sed tunc demum putatiuus titulus ad vsucapionem prodest, si procedat ex iusto & probabili errore, qui scilicet procedit ex facto alieno. *l. vlt. ff. Pro suo.* Justa & magna causa erroris debet subesse in titulo putatiuo, vt puta in exemplo allegato *in d. l. quod vulgo* si seruo aut procuratori meo mandauero, vt rem mihi emeret, & ille profectus ad rem emendam, & reuersus eam attulerit, & persuasit mihi se emisse, qui tamen reuera non emit, atque ita mihi tradiderit. Nam hic error est probabilis, quia non solum ex traditione, sed etiam ex mandato serui, aut procuratoris ducitur, & sic ex facto alieno, qui error iustus est & tolerabilis. *d. l. vlt. ff. Pro suo.* Error verò, qui ex proprio facto procedit, quia iniustus & improbabilis est, ad vsucapionem nunquam prodest. *l. Celsus. 27. ff. de vsucap. l. nunquam. 7 ff. Ad SC. Vell.*

Secundò obstat *l. 2. C. de præscript. 30. anno.* vbi dicitur ab iis possidendi non requiri iustum initium, qui sibi possident. Resp. Illa *l. agit. de præscriptione. 30. annorum,* in qua præscriptione initium iustum, id est titulus & bona fides iure ciuili non requiritur. per *l. si liberam. 10. C. Quod cum eo qui alie. pot.* Ita decîdit *Cuiac. in paratit. C. ad tit. de vsucap. transfor in fin.*

Tertiò opponitur *l. cogi. C. de pet. hæred.* vbi traditur, quod nemo cogitur ostendere titulum suæ possessionis. Resp. Ad præparationem iudicii reus titulum

titulum seu causam possessionis suæ dicere cogitur, sed ad commodum suum & victoriam obtinendam, defendendamque possessionem tenetur possessor titulum allegare & probare. *Castrens. in d.l.cogi.*

ASSERTIO XLIII.

Contra ciuitatem non currit nisi centum annorum præscriptio, in rebus hæreditariis, item legato, donatione, & venditione ciuitati acquisitis.

DONATVM est hoc priuilegium specialiter ciuitatibus, vt in rebus illis hæreditario jure relictis, item in rebus illis venditis, legatis, & donatis habeant tantum centum annorum præscriptionem, ita vt quoties ciuitatibus hæreditas, vel legatum, vel fideicommissum fuerit relictum, siue donatio vel venditio processerit, sit eorum penè perpetua vindicatio, & ad centum annos extendatur. Hæc decisio hisce expressis verbis tradita extat in *l.vlt.C.de sacrosanct. eccles.* Hoc ergò speciale priuilegium concessum est ciuitatibus, in his quæ ciuitatibus priuato jure ex prædictis causis debentur, vt scilicet aduersus ea debita sola valeat præscriptio centum annorum. Porrò idem priuilegium præscriptionis centenariæ conceditur in *eadem l.vlt.* etiam ecclesiis, item iis quæ pijs locis, pauperum vsibus, & captiuorum redemtioni sunt relicta.

Sed objicitur *Nou.* III. *de temp. action. quæ sacr.loc.comp. item Nou.*131. *de eccles. titul.* §.*pro temporalibus.* vbi abrogata est præscriptio centenaria in rebus Ecclesijs, & alijs pijs locis relictis, ac constitutum est, vt remoueantur XL. annorum præscriptione, postquam illis actio aduersus aliquem est nata. Ergò videtur etiam præscriptio centenaria, antea ciuitatibus data, esse abrogata. Resp. In rebus & actionibus ciuitatis nihil immutatum legimus. Proinde incumbit ciuitati saluum jus agendi per totos centum annos, in rebus ciuitatis omnibus, pro vt hoc jus illi primum datum est. *d.l.vlt. C. de sacr. Eccles.* Hæc enim regula perpetuò in jure tenenda est, quæ traditur in *l. præcipimus.C.de appellat.* Quicquid lege posteriore priores innouante specialiter non est correctum, id veterum constitutionum regulis relictum intelligitur.

Secundò objicitur tale argumentum. Non debet esse major fauor ciuitatis quam Ecclesiæ, sed par, aut etiam Ecclesiæ major. Atqui cum in ijs casibus, in quibus eadem ratio militat, idem ius statuendum sit. *l.illud.ff.Ad l. Aquil.* sequitur etiam, vt sicut præscriptio centenaria in Ecclesijs abrogata sit,

.., & ad quadragenariam reducta, idem in ciuitate obtinere debeat. ..esp. In casu omisso idem jus statui debet, nisi constet in eodem casu di..ersum jus prioribus legibus statutum esse. Efficitur enim, nisi id specia..ter emendatum sit, id veteribus legibus relinqui oportere. Hanc sen..ntiam amplectitur *Bart. in Auth. quas actiones. C. de sacr. eccles.* Approbat *Al..itus lib. 2. de verb. signif. num. 36. Donel. lib. 5. com. c. vlt.* In hanc sententiam vi..tur etiam inclinare *Fachin. lib. 8. conteo. iur. c. 37.* Idem sentit. *Cuiat. lib. obs. ..cap. 5.*

ASSERTIO XLIV.

Res inter alios iudicata, aliis nec prodest, nec nocet.

QVOTIES sententia inter alios prolata est, aliis qui non litigarunt, nec prodesse nec nocere potest. *l. 1. ff. de except. rei iud. l. sæpè. ff. de re iud. tot. tit. C. Res inter alios actas, vel iud. al. non nocere. toto tit. C. Quib. res iud. ..n uoc.*

Opponitur primò huic assertioni *l. posthumus. 6. §. 1. ff. de inoff. test.* vbi ..aditur, quod si ij egerunt querela inofficiosi, qui ad successionem ab in..testato non admittebantur, & casu vicerint, nemine eos repellente, vi..toria ipsis non prodest, sed aliis succedentibus ab intestato. Resp. ..uerela inofficiosi id efficit, vt testamentum à judice rescindatur, quo ..scisso, hæredes proximi ab intestato succedunt, non vigore sententiæ, ..d ex dispositione legis, quâ cauetur, quod vbi testamentum irritum, ..prum vel iniustum pronuntiatum est, quod tunc successioni ab inte..stato locus sit.

Secundò aduersatur *l. Papinianus. 8. §. penult. ff. de inoff. test. & l. 3. in princ. ..de pign.* vbi statuitur, quod si in querela inofficiosi testamenti pro hære..de legitimo contra hæredem scriptum pronuntiatum sit, quod hæc sen..tentia noceat legatis & libertatibus, ita vt legatarii non possint sua le..gata ex eo testamento consequi. Resp. Hoc ideò receptum est, quia ..vbi testamentum corruit, vt pote quia irritum aut inofficiosum pronun..tiatum est, vel quia nemo hæres ex eo testamento hæreditatem adiit, ..tunc nihil ex eo testamento debetur, nec libertates, nec legata. *d. §. pe..nult.* Sed huic solutioni iterum refragatur. *l. 1. ff. de except. rei iud.* vbi contra ..testamentum fuerat iudicatum, & nihilominus legata & libertates recte ..peti possunt. Resp. Sub distinctione. Aut is egit & obtinuit contra te..stamentum, cuius potissimum interest, vt puta hæres ab intestato egit que..rela inofficiosi, & testamentum irritum & inofficiosum declaratum est,

hæc sententia nocet legatarijs. *d.l. Papinianus.§.penult.* Aut egit is cuius principaliter non interest, puta legatarius, & superatus fuit, & tunc sententia ejus aliis legatariis non nocet. *l.1.ff.de except.rei iud.* Ratio est, quia testamentum non pendet à legatis, proinde contra vnum legatarium lata sententia, neque hæredi scripto, neque aliis legatariis nocet. Contra quia institutio hæredis est caput, & fundamentum totius testamenti, & ab eo pendent omnia, quæ in testamento disposita sunt, sequitur, vt si hæres scriptus egit petitione hæreditatis super hæreditate sibi testamento relicta, & superatus est, quod sententia, hæc reliquis etiam ex testamento agentibus, puta legatariis noceat. Ita *d,l. Papianus.§.penult.ff.de inoff.test.* cum. *l.1.ff.de except.rei iud.* conciliat. *Castrens. ad l.2. C.de fide instr. Cuiat.lib. Obs.2.c.7. Pac.cent.3.antin.quæst.32.*

ASSERTIO XLV.

Iudex certæ rei vel pecuniæ sententiam ferre debet, etiamsi de incertâ quantitate sit actum.

AD judicis officium pertinet, vt certæ rei vel quantitatis sententiam ferat, licet de litis æstimatione, aut alioqui de incertâ quantitate, vel re apud eum sit actum. tex. est expressus in *§.curare. Instit. de action. l.vnic. C.de sent.quæ pro eo quod interest* &c. Hinc iudex frustra & inutiliter ita pronuntiat; omnem debiti quantitatem cum vsuris competentibus solue, vel hoc modo. Quæ bona fide accepisti, solue, nisi forte aliquâ parte actorum certa quantitas sit comprehensa. *l. penult. & vlt. C. de sent. quæ sine cert.quant.l.in sententijs 59.ff.de re iud.*

Verum huic decisioni primò aduersatur. *l. si iactum.12. ff. de act. empt* vbi Celsus respondit, si iactum retis quis emit, & piscator rete iactare noluit, incertum eius rei æstimandum. Ibi decîditur, quod quando venditor capturæ seu iactus retis, non vult iactare rete, tunc iudicem debere incertum iactus seu capturæ retis æstimare. At quomodo potest iudex id æstimare, quod non extat in rerum natura? cum non entis nullæ sint qualitates, nulla accidentia, nullæ demonstrationes. Resp. Ex sententia Accursii, quod iudex æstîmabit, quantum verisimiliter capi potuit, quod colligetur ex consuetudine piscatorum, qui ibi consueuerunt piscari. Sed iterum cum *d.l.si iactum.* grauiter pugnat *l.quemadmodum.29.§. item Labeo.ff. Ad l.Aquil.* vbi decîditur, si culpâ nautarum retia alicuius piscatoris rupta sint,

teneri

teneri quidem nautas ad damnum retium, ſed tamen piſcium qui ideò capti non ſunt, non fieri æſtimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. Reſp. Ideò in actione legis Aquiliæ non habetur ratio incertæ capturæ piſcium, quia in lege Aquilia tantum habetur ratio damni præteriti, non verò futuri. At in emptione jactus retis contrahentes ſenſerunt de futura captura. Ergo hoc caſu meritò initur æſtimatio piſcium, qui veriſimiliter poſſunt capi. Ita reſpondent *Accurſ. & Bart. in d. l. ſi jactum.*

Secundò in contrarium ita quis poteſt argumentari. Sententia debet eſſe conformis libello. *l. vt fundus. ff. Commu. diuid. l. vlt. C. de fideicom. libert.* At ſi ex incerta petitione vel incerto libello certa debeat ferri ſententia, jam ſequetur, quod ſententia judicis non ſit conformis libello. Reſp. Propter certitudinem ſententiæ dici non poteſt, quod ſententia non ſit conformis libello: nam certum & incertum ſunt qualitates, quæ non faciunt difformitatem inter libellum & ſententiam. Hinc eleganter notat *Baldus in l. 1. C. Si plur. vna ſenten. &c.* quem ſequitur *Præſ. Euerhardi in loco à libello ad ſententiam. num. 2.* quod ſufficit, ſi ſententia conformis ſit libello in re petita, cauſa, & actione. In re petita, vt puta quod judex de alia re non pronuntiat, quam quæ in libello eſt petita. In cauſa petendi, quod judex aliam cauſam non proferat, in ſententia, quam ea, quæ ab actore in libello eſt propoſita. Vnde ſi actor petat ex cauſa depoſiti, judex non poterit pronuntiare ex causâ mutui. Denique judex ſequetur naturam actionis, quam actor inſtituit, vt ſecundum eam reum condemnet vel abſoluat. Ita eleganter tradit *Zazius ad §. curare. num. 16. & 17. Inſt. de action.*

ASSERTIO XLVI.

Confeſſus in iudicio pro iudicato habetur.

TRADITVR hoc axioma, & pro regula proponitur. *in l. 1. ff. de confeſſ. l. vnic. C. eod. l. proinde. 25. §. vlt. ff. Ad l. Aquil. l. poſt rem. 56. ff. de re. iud.* vbi hæc enunciatio expreſſis verbis refertur, quod ſcilicet confeſſi in iure pro iudicatis habentur, addita hac ratione, quia ſe ipſos quaſi proprio ore condemnauerunt.

Sed obſtat *tit. C. Ne quis in ſuâ cauſa iud.* vbi ſtatuitur, quod nemo poteſt in propria cauſa iudicare, & ſic nec ſeſe damnare. Reſp. Quod confeſſus impropriè dicatur condemnatus, ſed quod perinde habeatur, ac ſi eſſet condemnatus. Sic in *l. vlt. C. de fideicom.* ſtatur hæredis iuramento, quia ipſe ſibi quodammodò iudex eſt, & teſtis.

Secundò vehementer aduersatur huic decisioni. *l.Iulianus*, *& l.sequ.& l. qui Stichum.ff. de confess.* vbi habetur, quod requiratur sententia etiam post confessionem, itaque in iis legibus confessus non habetur prò iudicato, alioqui non requireretur senrentia iudicis. Resp. Sic distinguendum est cum *Bart. Castrens. & Zazio ad d. l. 1. ff. de confess.* Aut reus confessus est coram iudice ante litem contestatam, & habetur pro condemnato, nec opus est, alia sententia, sed huiusmodi confessiones habent paratam executionem, & debitori confesso tantum sit præceptum à iudice, vt soluat debitum, quod confessus est se debere. *l.certum.6.§ vlt.ff. de confess. l.si debitori.21. ff.de iudic.* Aut debitor confessus est post litem contestatam, & tunc non habetur pro condemnato, sed adhuc sententia ferenda est, & ita procedunt. *d.l.Iulianus & l.seq.ff.de confess.* Rationem diuersitatis esse tradunt DD. quod qui ante litem contestatam confitetur, videtur hoc facere causa euitandi iudicii, qui autem post litem contestatam confitetur, videtur litem ingredi, & fundare iudicium, quod vtique sententia finiendum erit. *Bart.& Zas. ad d.l.1.ff.de confess. Costal. ad d.l.proinde.*

Tertiò opponitur *l.si confessus. ff. de custod. & exhib. reo.* Vbi statuitur, quod si reus confessus est de crimine, adhuc contra eum ferenda est sententia. Resp. Lex illa loquitur de criminalibus causis, in quibus post confessionem etiam sententia opus est, neque confessio executioni mandabitur, nisi sententia subsequatur. *l.2. C. Quot.app. non recip.* In ciuilibus autem causis sententia non opus est contra confessum. Planè illud quoque notandum, quod confessus ex sola confessione infamiam quoque non contrahat. *l. si reus.73. ff. de procurat.* nam ad infamiam irrogandam sententia & condemnatio subsequi debet. *l.1. & l.furti.6. ff. de his qui not. infam.* Sed prædictis adhuc obstare videtur *d.l.proinde. §.vlt.ff. Ad l. Aquil.* vbi dicitur, nullas esse partes iudicis in confitentes. Resp. Hoc sic explicandum est, vt reuera non possit iudex in ferenda sententia contra confessionem statuere, sed necessariò secundum confessionem iudicabit & æstimabit: sententia igitur opus est. *Costa. ad d.l.proinde. §.vlt.ff. Ad l. Aquil.*

ASSER-

ASSERTIO XLVII.

n interdicto vti possidetis, cum ambo æqualem possessionem vel titulum probant, cùmque pares sunt vtriusque probationes, iudex vel neutri possessionem adiudicabit, vtrumque ab eâ exire iubendo; vel singulis dimidiam partem possessionis assignabit.

ARDVA & grauiter in varias partes inter DD. agitata est quæstio, quæ forma sit obseruandæ ferenda sententiæ in interdicto vti possidetis, quando vterque litigantium profert pares probationes, puta vterque æqualibus testibus vel probationibus suam possessionem com-probat, vel ambo æqualiter titulo suam possessionem munitam osten-unt, vel æquè antiquam possessionem demonstrant. In hoc articulo post rios opinionum conflictus, hæc videtur sanior sententia, quod tutius , vt neutri possessionem adiudicet, & ab eâ vtrumque exire jubeat; vel, uod factâ diuisione, partem vnam possessionis vni, alterã alteri assignet. robatur prior sententia per *l. si fuerit legatum. 10. ff. de R. b. dub.* vbi decidi-r, quod in casibus maximè dubiis, quando de proprietate rei agitur, ita eri consueuit. Pro altera sententia facit hæc ratio, quod iudicis est con-ouersias & rixas sedare, & componere, quod vbi alia ratione præstare on poterit, diuisione facta, partem vni, & partem alteri assignabit. Quem-dmodum fecisse Tiberium Cæsarem scriptum est *in l. & hæc Tiberius. 41. ff. hæred. inst.* Hanc sententiam probant *Bart. in l. si duo. num. 5. ff. vti possid. ynus in l. Titiæ textores. per illum textum. ff. de leg. 1. Menoch. remed. 3. ret. poss. q. 87. um. 770. & 776.*

Contra hanc sententiam alii statuunt, judicem debere ita pronunciare, *ti possidetis, ita possideatis*, vt ita neuter vincat, nec vincatur. per *l. si duo. in inc. ff. vti poss.* Sed hæc sententia meritò reprobatur ex eo, quia sic sen-ntia pronunciaretur incerta, quæ ipso iure nulla est & inutilis *l. vlt. C. de nt. quæ sin. cert. qu. §. curare. Inst. de act.* Rursus ex ea sententia daretur occa-o partibus contendentibus veniendi ad arma, quod iudex ferre non ebet. *l. si cujus. 13. §. si inter. ff. de vsufruct.* Nec obstat *d. l. si duo.* quia loqui-ir (vt *Bart.* interpretatur) cum iudex pronunciat vtrumque possidere iuersa possidendi specie, vt quia vnus possidet vt vsufructuarius, alter vt

proprietarius; Thesis verò nostra accipi debet cum ambo probant, se in solidum possidere, eâdem specie possessionis, quod iure impossibile est; ideòque judex non potest hoc modo pronunciare, quoniam sententia impossibilitatem contineret, vel saltem aliquid inconueniens produceret.

Secundò alii statuunt, judicem debere curare sequestrari possessionem apud alium, ne contendentes ad arma veniant *arg.d.l.si cujus.§.si inter.* Hanc opinionem sequitur Butrigar. Verum ab ea sententia discedit. *Bart. in d.l. si duo,* eâ ratione, quod incognitum adhuc erit, quis possideat, quis non, atque ita ignorabitur, quis in iudicio petitorio actoris partes, & quis rei conuenti sustinere debeat.

Tertiò, Alii sentiunt quod sorte hæc quæstio dirimenda sit, per *l. in tribus.ff.de iud.l.ult. in princ.C.Com.de leg.* Verum & hæc opinio rectè reprobatur. Nec iuvatur per *d.l. in tribus. & d.l.vlt.* quia hæc quæstio facti est, non iuris, at quæstiones facti sorte non terminantur. *l.duo sunt Titij.ff.de test.tut.* sed iuris quæstio sorte dirimi poterit, de quâ dictæ leges sunt accipiendæ. Latius de hac quæstione vide *Menoch. rem.3.ret.poss. q.87.* vbi octo profert DD. opiniones in hac propositione, quid iudex pronunciare debeat in interdicto vti possidetis, cum vterque litigantium se æqualiter possidere probat. Adde *Fachin. lib.8. contr.iur. c.18. Donel. ad l.vnic. nu.18.19.& seqq. C. Vti possid.*

ASSERTIO XLVIII.

Omnia interdicta de possessione vel quasi obtinendâ competunt.

INTERDICTA nihil aliud sunt, quam actiones, quibus de possessione vel quasi asserenda agitur, siue eam nunc primum adipisci, siue adepti retinere, siue ademtam & omissam recuperare velimus. *Inst.de interd. in princ.* Hæc interdicta tantum de possessione vel quasi obtinendâ competunt, & controuersiæ omnes de possessionibus hisce interdictis expediuntur & finiuntur. *l.3. C.de interd. l.ordinarii.13.C. de rei vendic.*

Sed obiicitur huic decisioni, quod & pro rebus sacris, religiosis, publicis, & libero homine varia competant interdicta, & tamen hæ res nō sunt in hominum commerciis, nec possideri possunt. *l.qui vniuersas.30. §.1.ff. de acq.poss.* De hisce rebus hæc interdicta prodita extant. Ne quid in loco sacro fiat. Ne quid in loco publico vel itinere fiat. De libero homine exhibendo,

endo, item interdictum de mortuo inferendo. Resp. Hæc interdicta ro quasi possessione obtinendà competunt: in hisce enim interdictis vsus uasi possessio nominatur, de quo sic agitur, vt vel nobis, vel his ipsis reus suam quodammodo asseramus possessionem, eamque ab aliorum inisto facto velut vindicemus. Sic locis religiosis puta sepulchrum, vel is inferendi matuum in sepulchrum, non est in viro dominio, propter ligionem, sed tamen sepulchri quod est in fundo nostro sicut quasi ossessionem ita & quasi dominium habemus. *l. sunt personæ. 43. ff de relig. & mp. fun.*

Secundò opponitur *l. 2. §. quædam. ff. de interd.* vbi dicitur. Quædam inrdicta continere causam proprietatis, veluti de itinere actuque priuato ficiendo. Qui enim hoc interdicto vtitur, duas res docere debet, & se sum seruitute hoc anno, & sibi seruitutem competere, quod ad proprietatis causam pertinet. *l. 3. §. hoc autem. 10. ff. de itin. act. priuat.* Resp. Quod ditur quædam interdicta causam proprietatis continere, non ideò dicitur, uod non sunt de possessione, & vsu rei tuendo, sed cum sint de his rebus rincipaliter, per consequentiam adjunctam habent causam proprietatis, uia vincit is in hoc vsu, qui jus de cujus vsu agitur, ad se pertinere ostenit. *d. l. 3. §. ait Prætor. & §. hoc autem. iuncta l. apparet. §. pen. ff. de itin. actuq. priua.* ulchrè *Cuiat. in aureis suis. Paratit. C. tit. de interdict. & lib. 5. Obser. c. 19.*

ASSERTIO XLIX.

Pœna constitutionis l. Si quis in tantam. C. vnde vi. etiam tenentur fœminæ, minores, rustici.

CONTRA eos qui possessionem alienam per vim inuadunt, promulgata est constitutio. *l. si quis in tantam. C. Vnde vi.* Qua statuitur, quod alienam possessionem violenter inuadens, eam restituere vim passo eneatur, & si dominus erat inuasor, priuatur dominio; si verò non erat lominus, tenetur possessionem restituere, & condemnatur in æstimatioiem rei. Quæritur nunc, an pœnâ hujus constitutionis teneantur etiam œminæ, minores, & rustici, & dicendum est, eos quoque obstringi: quia licta constitutio generaliter loquitur de omnibus, qui rem ab alio posessam vi inuadunt Omnes ergo in pœnam hujus constitutionis incidunt, ine distinctione sexus, ætatis, aut conditionis.

Sed opponitur primò, quod mulier non teneatur pœnâ hujus constitutionis, quia constitutio scripta est hoc modo. *Si quis*, non *Si qua possessionem*-

nem violenter inuaserit. Resp. Hæc quæstio decisa est ex iure certo, videlicet ex *l.1.l.pronunciatio.195. de V.S.* vbi traditur, quod hoc verbum, *Si quis*, tam masculum, quam fœminam contineat. Deinde non est hæc constitutio in odium sexus virilis, sed ad odium spoliatoris, & crimen violentiæ puniendum promulgata. Atqui vis maior est in fœmina quam in masculo, quia mulier inuadens alienam possessionem per vim, facit contra pudicitiam & modestiam sexui fœminino congruentem: magis igitur est punienda.

Secundò aduersatur *l.2.ff. Si quis in ius voc. non ier. & l.regula. in princ.ff. de iur. & fact.ign.* Vbi dicitur, quod minoribus 25. annis, fœminis, & rusticis permittatur in iure errare, quodque rusticitati & infirmitati sexus parcatur, si magistratuum edictis non obtemperauerint. Resp. Nullorum delictis patrocinatur iuris ignorantia, præsertim si delictum pugnet cum iure naturali, quale est crimen violentiæ, quia aliena per vim inuadere lege naturali & diuina prohibetur, vnde huius iuris naturalis ignorantia eos non excusat. *l.2.C. de in ius vocand.l.si adulterium.38.§.1.ff. Ad l. Iuliam. de adult.* vbi traditur quod minores & mulieres excusantur, quidem à pœna incestus qui iure ciuili committitur, puta si cum sororis filia rem habuerint, At si incestum iuris gentium commiserint, puta cum priuigna, nuru vel nouerca, mulier & minor æquè puniuntur vt maiores & mares. Nam ius naturale seu gentium in omnes est diffusum, & ignorari à mulieribus & minoribus non potest, Ius autem ciuile mulier & minor ignorare potest. Eleganter *Cuiatius* interpretum Iuris nostri princeps & coryphæus. *ad l. auxilium 37.ff. de minor.* Quinimò & iuri naturali repugnat ius sibi ipsi sua manu & propria auctoritate dicere, ideòque rustici, & mulieres hoc casu non excusantur. *§.penult.Inst. Vi bonor. rapt.* At si quod delictum per negligentiam, seu omittendo, non verò faciendo sit commissum, hoc casu ignoscitur interdum fœminis, minoribus, & rusticis iuris ignorantia peccantibus. *d.l.regula. l.auxilium.37. ff.de minor. l.1. C.Si aduers. delict. l.vlt.C. de iur. & fact.ign.* Ita decidit *Menoch.remed.9. recup.poss. q.1. & 2. & de arbitr.iud. casu.194. num.15.* Et approbat *Donell. ad d.l.si quis in tantam. num.11. & 12. C. vnde vi.*

ASSER-

ASSERTIO L.

Prædoni competit interdictum vnde vi, etiam cum ab ipso rei domino spoliatur.

TANTA est violentiæ improbitas, tantum odium, vt spoliatus per vim suâ possessione, ante omnia sit restituendus, etiamsi sit prædo. Probat hanc sententiam *l. colonus. l. cum fundum. ff. de vi & vi arm.* Eandem conclusionem probant *l. 1. §. qui à me. ff. eod.* & omnium apertissimè. *§. recuperandæ Inst. de interdict.* vbi traditur, interdictum recuperandæ possessionis dari vi dejecto suâ possessione, ad restituendam possessionem, etiamsi is à dejiciente vi, clam, vel precariò possideat. Ratio illa à DD. adferri solet, quia sine citatione & actu judiciali nemo est à possessione suâ amouendus, nemoque sine causæ cognitione suâ possessione est priuandus. *l. vlt. C. Si per vim vel al. mod.* Cum ergo prædonis possessio, possessio dicatur, ad eam dejectus prædo restituendus est. Quinimò & interdictum vnde vi spoliato prædoni per vim, datur contra dominum spoliantem vel dejicientem; neque enim dominii exceptio spoliato agenti interdicto vnde vi obijci potest. *arg. l. qui possessionem. 17. ff. de vi & vi arm. l. 1. in verb. sine vlla cunctatione possessioni eos restituant. C. Si per vim vel al. mod. text. in cap. literas; & c. in literis ext. de rest. spol. l. si quis ad se fundum, ibi eademq; protinus restituta. C. ad l. Iul. de vi pub.* Approbant hanc decisionem *Wesemb. in parat. ff. de vi. & vi arm. num. 11. SneideW. ad §. recuperandæ. num. 23. Inst. de interd. Gomes. ad ll. Tauri. l. 45. num. 182. Boer. decis. 238,* qui plenè de hac quæstione disserit. Amplectitur *Cacheran. in Decis. Pedem. 116. num. 6.*

Sed grauiter huic assertioni refragatur *l. bona fides. 31. in fin. ff. depos.* vbi traditur, quod si prædo spoliauerit aliquem per vim, & postea eadem spolia deposuerit apud dominum, non possit ea repetere à domino, additurque æquissima ratio, quia non est æquum dominum rem suam restituere prædoni compelli. Respondeo dupliciter. Vel dicendum, quod illa lex accipienda est, quando agitur judicio petitorio, hoc est, quando prædo experitur actione depositi, tunc enim deneganda est ei restitutio depositi, quia dominus præferendus est prædoni in restitutione rei suæ: Diuersum est cum agitur judicio possessorio, in quo spoliatus, licet prædo sit, ante omnia est restituendus. Vel respondendũ. Cum constat spoliatum esse prædonem notorium, & è contra spoliatorem esse dominum, tunc spoliatus non est ante omnia restituendus. Eaque sententia confirmatur per *c. cum*

dilectus ext. de cauſ. poſſ. & propr. Ex quo ila deſumitur regula. Cum conſtat de jure proprietatis & dominii, tunc illa cauſæ poſſeſſionis in ſua executione prævalere debet. Ita eleganter reſpondet. *Menoch. remed. 1. recup. poſſ. qu. 11. num. 119.*

Secundò aduerſatur *l. dolo. ff. de except. dol.* vbi pro regula traditur, quod dolo facit qui petit, quod reſtituturus eſt, vnde prædo ſpoliatus non debet reſtitui contra dominum. Reſp. Iſta regula tantum locum habet in judiciis petitoriis, non in poſſeſſoriis. *l. 1. §. 1. ff. Quod leg.* ſaltem recuperandæ poſſeſſionis *Dynus in c. dolo facit. de Reg. iur. in 6. & cap. qui ad agendum. eod.* Spoliatus enim ante omnia reſtituendus eſt, ne ſpoliator ex ſuo delicto commodum ſentiat: alioqui ſi hoc non fieret, magna delinquendi cauſa & occaſio præſtaretur: contra *l. non eſt ſingulis. ff. de reg. iur. l. conuenire. ff. de pact. dot.* Eſſet enim in facultate domini ſua manu ſibi jus dicere, & vim illam ac audaciam prætextu dominii tueri.

ASSERTIO LI.

Vim vi repellere licet, modo fiat incontinenti, & cum moderamine inculpatæ tutelæ.

QVI latronem injuriantem occidit, nullo jure tenetur. *§. iniuria. Inſt. Ad l. Aquil.* modò tamen id fiat cum moderamine inculpatæ tutelæ. *l. 1. C. vnde vi.* Moderamen hoc conſiſtit in modo, tempore, & causâ. Modus eſt defenſio neceſſaria, & præſens vitæ periculum. Tempus, ſi eo tempore fiat, quo impendet prouocato vitæ periculum, hoc eſt ſi in rixâ & incontinenti fiat, prouocato non deſcendente ad actus extraneos. Nam ſi ex interuallo fiat, defenſio non eſt neceſſaria ſed vindicta, *l. 3. §. cum igitur. ff. de vi & vi arm.* Cauſa eſt juſta defenſio ob perſonam facta, vt ſcilicet ſit neceſſaria defenſio, non ad vindictam facta. *l. 3. C. Ad l. Cornel. de ſica.* vt ſcilicet quis non initio author rixæ fuerit, & operam rei illicitæ dederit. Ratio hujus deciſionis eſt, quia aduerſus periculum permittit ſe naturalis ratio defendere. *l. 4 ff. Ad l. Aquil.* Et vim vi defendere omnes leges, omniaque jura permittunt: *l. ſcientiam 45. §. qui cum aliter. ff. eod l. 3. ff. de iuſt. & iur.* Huc pertinet elegantiſſimus locus in oratione Ciceronis pro Milone. Eſt hæc non ſcripta ſed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum etiam, ex natura ipſa arripuimus, hauſimus, expreſſimus, ad quam non docti, ſed facti, non inſtituti, ſed imbuti ſumus, vt ſi vita noſtra in aliquas inſidias, ſi in vim, in tela aut latronum, aut inimicorum incidiſſent,

omnis

omnis honesta ratio esset expediendæ salutis. Silent enim leges inter arma, nec se expectari jubent, cum ei qui expectare velit, ante iniusta pœna luenda sit, quam iusta repetenda.

Sed obijcitur, quod nemo sibi ipsi permittere debeat vltionem, cum tutela & defensio magistratus in medio sit constituta, quam quilibet læsus implorare tenetur. *l. nullus. 14. C. de Iudæ. l. non est singulis. ff. de R. I.* Resp. Non rarò necessitas nos in eas angustias ducit, vt si leges expectare velimus, ante iniusta morte simus perituri, quam justam pœnam petituri. Ideò certis casibus permissum est sine iudice se vindicare *toto tit. C. Quand. lic. vnicuique sine iud. se vind.* & melius est intacta cuiusque iura seruare, quam post vulneratam causam remedium quærere. *l. fin. C. in quib. caus. in int. rest. non est necesse.*

Hinc accommodatè hic quæritur. An ad moderamen inculpatæ tutelæ pertineat, necessariumque sit expectare primum ictum. Armorum minas & terrorem sufficere arbitror. *Bart. in l. 3. ff. de iust. & iur. Cynus in l. 1. num. 5. C. vnde vi. per l. 3. §. qui armati. ff. de vi & vi arm.* Est enim defensio instantis siue illatæ vis atque iniuriæ propulsatio, modo non sit nudus armorum terror, vel solæ minæ, sed cum actu quodam ad nocendũ sint coniunctæ. Hæc est sententia *Baldi*, vt refert *Ias. in l. 3. num. 14. ff. de iust. & iu.* potentia enim proxima actui censetur ipse actus. *arg. l. 1. §. si iusserim. ff. de acq. poss.* Hinc si aduersarium meum video minaci animo è pharetra sagittam depromere, gladium è vagina extrahere, possum antequam arcum incuruet, aut gladium educat, præuenire, & vim instantem repellere. *l. 2. 3. & 4. C. Ad l. Cornel. de sicariis. arg. l. vlt. C. in quib. caus. in int. rest.* vbi enim cunctatio periculosa est, melius est nascenti malo occurrere, quam post exitum medicinam quærere. *l. 1. C. Quand. lic. vnicuique siue iu d. &c.* Eleganter *Fachin. lib. 1. contro. c. 50.*

Secundò quæritur, an insultatus cum fugere possit, fuga se tueri teneatur? Neminem fugere teneri puto, ne famam in discrimen vocet, quia turpis & probrosa est ingenuo viro fuga: *arg. l. item apud 15. §. 1. ff. de iniur.* crudelis verò est, qui famam negligit. Tum etiam periculosa est fuga, propter lapsum qui fugienti accidere potest, & fugienti à tergo vulnera infligi possunt. Ita concludit *Iason ad l. 3. ff. de iust. & iur.* Adstipulatur constitutio criminalis Caroli V. *artic. 146. in verbis, Ohne gefarlikheit seines leibs, lebens, eheren vnd guten leumuths.*

Sed obiicitur §. *iniuria. 2. Inst. Ad l. Aquil.* vbi ita demum permittitur alicui latronem insidiatorem occidere, si aliter periculum effugere non potuit. Atqui fuga poterit periculum vitare, &c. Ergo. Resp. Turpis est & probrosa honesto & nobili viro fuga, & periculosa propter lapsum. Ideòque fugere nemo tenetur, qui ab insidiatore seu sicario aggressus est, quia hoc

fieret cum magno periculo, eò quod fugiēti à tergo vulnera infligi possent. Ita post alios decidit *Gail.lib.2.pract. observ.cap.*110. Sequitur *Bart.in l.1.nu.8. C.Unde vi. Wesenb.cons.19.nu.17.*

Postremo obijcitur locus *Matthei 5.v.39.* vbi Christus dixit, Si quis tibi alapam impegerit in dextram maxillam, obuerte illi alteram. Resp. Id faciendum est, cum videas te fratri tuo isto modo conducere posse, aut id conducere ad gloriam Dei illustrandam. Extra autem istos casus non est necesse ita facere, quemadmodum Christus, & Paulus suo exemplo docuerunt. *Ioan.*18. *v.*23 .*Act.*23.*v.*3. Ita respondet *Martyr. in loc. commu. clas.2. c.9. nu. 16.*

Illud denique notandum, quod si prouocatus & insultatus ab aggressore, modum excessit in defensione, non debet statuta ordinaria, sed extraordinaria & mitiori pœna plecti, propter culpam & excessum. Ratio est quia non est in tanta culpa, qui iustum dolorem temperare non potuit. *arg.tex. in l.si adulterium cum incestu 38.§.Imperatores.ff. Ad l.Iul.de adult.* vbi dicitur, quod difficillimum est iustum dolorem temperare. tex. *in l.Diuus. ff. ad l.Pomp.de parricid.* tex. *in l.si quis in graui.§ si maritus.ff.de S C.Sillan.* tex. *in l.1.§. Quæri.ff.ad S C.Turpil.* vbi dicitur quod inconsultus calor vitio caret. Prouocatus enim homo intenso dolore non est in plenitudine intellectus, & non habet stateram in manu, ideoque non potest verbera dare ad mensuram. fa. tex. *in l. qui cum maior* 14. *§.si libertus.ff. de bo. libert.* cuius pulchra sunt verba, Ignoscendum est ei, qui prouocatus vlcisci se voluit. Et hæc sententia, quod aggressus si modum excessit, mitiori pœna sit afficiendus, communiter à maxima Doctorum phalange est recepta, vt eleganter notat. *Gomez in var. resolut. tomo.3. in cap. de homicid.nu.24.* quem sequitur & laudat *Emanuel à Zoarez in thesau. recept. senten. in litera D. nu.26.*

ASSERTIO LII.

Exceptiones non numeratæ pecuniæ, & diuisionis, sunt perpetuæ & peremtoriæ; exceptio verò ne quis conueniatur vltra id quod facere potest, temporalis & dilatoria est.

DIVIDVNTVR exceptiones, vt aliæ sint perpetuę & peremtoriæ, aliæ verò temporales & dilatoriæ. Peremtoriæ sunt, quæ semper agenti obstant; & rem de qua agitur perimunt. Temporales sunt, quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt. *§.appellantur.Inst. de except. l.3.ff.eod.* Porrò nō differunt hæ exceptiones propriè à tempore proponendi

as exceptiones, quaſi illæ dicuntur dilatoriæ, quæ intra certum tempus, uta ante litem conteſtatam tantum proponi poſſint, peremtoriæ verò uæ ante & poſt litem conteſtatam rectè allegentur; nam & exceptio ne uis conueniatur vltra id quod facere poteſt, dilatoria eſt, & tamen non olum antè, ſed etiam poſt litem conteſtatam, imò poſt ſententiam pro- oni poteſt. *l.Neſennius.41.§.vlt.ff de re iud.* ſed potius differunt à tempore, uo durat effectus propoſitarum hujuſmodi exceptionum. Nam perem- oriæ & perpetuæ exceptiones ideò appellantur, quia ex quo ſemel agen- oppoſitæ ſunt, ita perimunt actionem in perpetuum, vt amplius agi non oſſit; exceptiones verò dilatoriæ & temporales vocantur, quæ oppoſitæ on pariunt effectum perpetuum, ſed temporalem, ita vt poſſit aliquan- o iterum rectè agi.

Quæritur an exceptio non numeratæ pecuniæ ſit peremtoria, an verò ilatoria. Doctores dubitant. Sed dicendum eſt, hanc exceptionem eſſe eremtoriam & perpetuam. Nam etſi intra biennium opponi debet, men parit effectum perpetuum, ita vt poſt biennium actio dene- etur.

Verum obijcitur *l. in contractibus.14.in princ. C. de non num.pec.* vbi dicitur uod hæc exceptio vltra biennium non poteſt proponi, ideoque tempo- lis & dilatoria eſſe videtur. Doctores dicunt eam eſſe anomalam, quia um perpetua ſit, præter regulam juris tempore finitur. Reſp. Exceptio on numeratæ pecuniæ eſt peremtoria, quia parit effectum perpetuum, & n totum actionem perimit, licet intra biennium proponi debeat. Præterea oteſt etiam poſt biennium proponi, ſi modo intra biennium querela ſit mota, & proteſtatio facta. *d,l.in contractibus.§.vlt.*

Secundò quæritur, vtrum exceptio inopiæ, quæ datur ei qui non eſt con- emnandus, niſi in quantum facere poteſt, ſit temporalis, an perpetua. Et erius eſt temporalem eſſe ac dilatoriam, quia parit effectum tempora- m, cum fieri poſſit, vt reus iterum perueniat ad pinguiorem fortunam, que ita condemnetur in ſolidum. Quæ ſententia confirmatur & hoc gumento, quia ſi is cui hæc exceptio competit, per errorem ſoluat ſoli- um, non poteſt repetere. *l.8.& l.ſeq.ff.de condict.indeb.* Quod proprium eſt ceptionum temporalium. *l. in diem.10.ff.eo.tit.* Nam exceptiones perpe- uæ pariunt condictionem indebiti. *l.ſi is qui.24.l.ſi non ſortem.26.§.indebitum.* *§.adeò.ff.eodem.* Itaque hac ratione probatur eſſe dilatoria & temporalis ec exceptio.

Tertiò dubitatur de exceptione diuiſionis, quæ datur confidejuſſoribus, iiſve interceſſoribus, vt actio inter ſingulos qui tēpore litis cōteſtatæ ſunt luendo, diuidatur. Sed verius eſt hanc exceptionem eſſe perpetuam &

peremtoriam, quia parit effectum perpetuum. Nam si fidejussor hac exceptione vsus sit, non poterit postea conueniri in solidum, sed exceptio diuisionis illa quæ obijcitur ex epistola D. Hadriani, perpetuam vim habet. Hinc est, quod exceptio hæc proponi potest post litem contestatam. *l. si fideiussor. 10. C. de fideiuss.*

ASSERTIO LIII.

Actio est ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur.

TRADITVR hæc definitio actionis ab Imp. *in princ. tit. de action. & in l. nihil. 51. ff. de obl. & act.*

Huic definitioni primò repugnat, quod verbo persequendi propriè loquendo continentur tantum extraordinariæ actiones, vt puta petitiones fideicommissorum. *l. pecuniæ. 178. §. actionis. ff. de V. S.* Ideoque hæc definitio non omnibus actionibus accommodari potest. Resp. Verbum persequendi debet in hac definitione latius accipi, vt conueniat omnibus actionibus, quia definitio generalis est, & omnibus speciebus communis esse debet.

Additur in definitione. Quod sibi debetur, Quæ verba significant definiri hic actionem pertinentem ad iudicia priuata, ac distinctam tàm ab actione populari, quàm ab accusatione publica: quoniam in iudiciis popularibus aut publicis non persequimur, quod nobis debetur, sed ius Populi tuemur. *l. 1. ff. de popul. act. l. 4. §. 1. C. de hæret.*

Obiicitur quod in §. *pœnales. Inst. de actio* proponitur actio de albo corrupto, quæ est popularis *l. 7. in princ. ff. de iurisd.* Resp. Actiones populares quatenus mouentur ab iis, ad quos ea res pertinet, pro priuatis habentur. *l. licet. 42. in princ. & §. 1. & l. non cogendum. 45. ff. de procur.* Ergò intelligendum est dictam actionem de albo corrupto, *in d. tit. de actionib.* ea ratione considerari, quatenus ei datur cuius interest, & pro priuata habetur.

Tertiò opponitur, quod non semper quis per actiones petit, quod sibi debetur, sed interdum etiam quod alii debetur, vt tutor petit quod debetur pupillo, procurator quod debetur domino. Resp. Qui per alium quid facit, per seipsum facere videtur.

Vltimò contra verbum debetur, obiicitur, quod res nostra nobis deberi non potest. *l. Quintus. 17. §. argento. l. scribit. 34. ff. de au. & arg. leg.* Itaque videtur hæc definitio non conuenire actioni in rem, quoniam hac actione persequimur rem nostram, non rem nobis debitam. Resp. Actione quoque in rem persequimur, quod nobis debetur, non quod res nostra

nobis debeatur, sed quia debetur nobis rei nostræ seu possessionis rei nostræ restitutio. Quod latius & plenius declaratur supra *Centur.4.act.30.*

ASSERTIO LIV.

Nuda ratio non constituit aliquem debitorem.

HÆc assertio aperto textu confirmatur in *l. nuda. 26.ff. de donat.* vbi pro regula traditur, quod nuda ratio non facit aliquem debitorem. Ideoque etiamsi quis donandi animo referat in suas rationes, & scribat se alicui quid debere, non tamen valida & efficax intelligitur donatio. Dicitur autem nuda ratio, sicut nudum pactum, ea quæ causam non habet adjunctam, veluti si quis dicat se Titio debere centum, nec adjiciat ex causa mutui donationis, vel alia simili. Hæc nuda ratio scribenti non officit, neque vllum operatur effectum, etiamsi quis donandi animo scripserit se debere Titio centum *d.l.nuda.*

Sed videtur huic decisioni obstare; quod Justinianus constituit donationem perfici nudo consensu. *l. si quis argentum.35. C de donat.* vnde in hoc casu qui scripsit, videtur obligari ex causa donationis, proinde poterit conueniri condictione ex lege ad tradendum, quod donauit. Resp. Donatio quæ nec stipulatione nec traditione confirmatur, est nudum pactum *l.1.ff. de transact.* Ideoque non solius donatoris, sed vtriusque partis, id est, donatoris & donatarii consensum requirit, vt contingit in omnibus pactis *l.1.§.1.ff.de pact.* Vnde apparet *d.l.nuda.* non esse abrogatam per *d.l.si quis argentum*, sed generaliter statuendum esse, donationem non valere ex solo consensu donatoris, sed consensu vtriusque partis, tam donatoris, quam donatarii perfici. Hoc apertè probat Justinianus in §. 1 *.Inst. de donat.* vbi ait quod donatio sine traditione perficiatur nudo consensu, & vt ad exemplum venditionis tradendi necessitas incumbat donatori: quibus verbis significatur, vt emtio & venditio perficitur nudo consensu vtriusque partis, idem etiam de donatione dicendum esse.

ASSER-

ASSERTIO LV.

Actiones sunt iuris ciuilis, nomen autem actionis in libello exprimere non est necesse.

MAGNVS est DD. conflictus, an actiones sint juris gentium, an verò juri ciuili sint adscribendæ. Alii contendunt eas à jure gentium promanasse, nixi eo fundamento, quod cum exceptionis, quæ sunt defensiones reorum, sint juris gentium, ideò quoque actiones eodem jure censeri debeant. *arg. l. 2. ff. de except.* vbi traditur exceptiones nihil aliud esse, quam exclusiones actionum, atqui contrariorum eadem est disciplina & doctrina. Huc accedit, quod & apud alias gentes quam Romanos judicia viguerunt, vnde & colligitur, cum sine actione nemo in judicio experiri possit. *l. si pupilli. 6 §. vlt. ff. de neg. gest. l. 1. ff. de eden. l. quoties 9. §. item si. ff. de admin. tutor.* actiones ad jus gentium pertinere. Huc faciunt quoque *l. sunt quidam. 17. in fin. ff. de pœn.* juncta. *l. si mandauero. 22. §. is cuius. ff. Manda.* vbi dicitur, quod deportati qui amittunt ea quæ sunt Juris ciuilis, tamen possunt mandare alijs, vt sibi certas res emant, & competit eis hoc nomine actio mandati. Ergo deportati possunt sibi quærere actiones, quæ ex jure gentium oriuntur, & sic quodam respectu dicuntur actiones esse Juris gentium.

Sed verior & sanior est sententia, actiones juri ciuili esse adscribendas: Idque hisce duobus certissimis argumentis confirmatur: primò per text. *l. 2. §. deinde ex his legibus. ff. de orig. iu.* vbi disertè traditur, quod legibus. XII. tabularum actiones sunt conceptæ & compositæ, quibus inter se homines disceptarent, quas ne populus pro vt vellet, institueret, certas solennesque esse voluerunt legislatores, vnde appellatur hæc pars juris, legis actiones. Ibi disertè ostenditur, quod actiones à jure ciuili nomen formam & conceptionem propriam acceperunt. Secundò comprobatur hæc sententia hoc argumento. Judicia constant tribus personis, actore, reo, & judice seu magistratu, sed magistratus qui judicijs præsunt, cœperunt à jure ciuili. *l. 2. §. post originem. ff. de orig. iur.* Ergo & judicia, & per consequens actiones ab eodem jure dimanarunt. Communiter tamen à DD. hæc tenetur distinctio. Aut loquimur de actionibus descendentibus ex contractibus juris gentium, & tunc respectu materiæ, puta contractum, actiones possunt dici iuris gentium, sed respectu formæ sunt juris ciuilis, quippe jure ciuili in certam formam sunt redactæ. Aut loquimur de actionibus, ex contra-

ctu à

ctu à jure ciuili inuento, competentibus, & tunc quoad materiam & formam actiones sunt iuris ciuilis. Ita tradit *Sneidevvi. ad tit. de action. in definit. action. num. 9*,

Opponitur huic decisioni, quod etiam ante leges. XII. tab. homines iudicia frequentarunt, & actiones exercuerunt, teste *Halicarnasseo, libro 2. antiquit. Roman.* qui tradit actiones à Romulo fuisse institutas. Ergo non possunt dici à legibus XII. tabularum actiones esse compositæ. Resp. Habuerunt quidem & exercuerunt homines ante leges. XII. tab. actiones, sed rudes informes & confusas. Verum ius ciuile postea superuenit, easque actiones in ordinem redegit, certasque formas & conceptiones adaptauit, illasque formulas certo ordine digessit, & composuit. Hanc sententiam, quod actiones quoad formam & conceptionem sint juris ciuilis, solidis rationibus conuincit *Zaz. lib. 2. sing. resp. c. 5. & ad §. 1, num. 3. Inst. de act.* qui suffragatur ibidem *Minsing. num. 4.* Approbant & tuentur hanc sententiam *Conna. lib. 1. comm. c. 5. nu. 6. & cap. 6. in fi. Coras. lib. 2. Miscel. c. 17. Vaconius à Vacuna lib. 1. declar. c. 26. Borcholt. in tracta. de oblig. c. 1. nu. 14. & seqq.*

Quod ad alteram partem decisionis attinet, hæc opinio juri magis consentanea est, quod non est necesse nomen actionis specialiter in libello exprimere, sed sufficit factum ita narrare, vt ex eo iusta agendi causa colligatur. Quæ sententia confirmatur per *l. si mater. 11. & l. an eadem. 14. §. actiones. ff. de except. rei iud. l. quoties C. de dignitat. lib. 12.* & pro ea expressus textus citatur in *c. dilecti* & *c. examinata extra. de iudic. c. licet Heli, ex. de Simon.* Quæ etiam sententia ex *l. 2. C. de formul. & impetrat. actio. sublat.* confirmatur, his verbis, Si aptam rei & proposito negotio competentem eam esse constiterit. Comprobatur etiam hæc decisio hoc modo, quod jure saltem Digestorum non erat necesse libellum in scriptis exhibere, sed simplici & nuda petitione poterat actor jus suum in judicio proponere, vel ex albo Prætoris demonstrare aduersario, quid esset petiturus *. l. 1. §. edere, & ibi Gl. ff. de edend. d. l. quoties.* Approbant hanc opinionem, quod nomen actionis in libello omitti possit, *Wesenb. in parat. de edend. num. 7. Mins. ad princ. tit. de act. num. 6.* Pulchrè *Oldend. in tractatu suo de forma inuestigandæ actionis, in cap. De veteri actionum solennitate, quatenus hodie sit mutata.*

Obiiciuntur huic decisioni pleraque iuris loca, scilicet. *l. 3. C. de eden. l. non videtur. 33. ff. de iudic.* & potissimum *l. vlt. C. de interdict.* quæ expressè tradit, quod qui interdictum proponit, necesse habet in limine iudicii actionem exprimere. Adhæc frustra à legislatoribus certa actionum nomina singulis negotiis essent imposita, nisi certum etiam in singulis facti speciebus nomen esset exprimendum *l. 1. ff. de æst. act. l. 1. & 20. §. 1. ff. de præscript. verb.* Resp. Regulariter non est opus certam actionem in libello exprimere, sed tamen

petente reo siue aduersario tenetur actor specialiter designare, quo actionis genere vti velit. Quod tunc maximè necessarium est, cum ex eodem negotio plures actiones simul competunt, tunc enim quia ex vna actione aliter fit condemnatio quam ex alia, nominatim debet actor in libello declarare, qua forma & modo agendi procedere velit, specialiter actionis nomen exprimendo. *l. in duobus.28.§.colonus.ff. de iureiur. l. habebat.13.ff. de inst. act.l.1.& l.si colonus.ff.Arb.furt.cæsarum.l.cum filius.76.§.variis de leg.2.* Ita decidit *gloss. in d. c. dilecti. ext. de iudic.* Idque ea quoque ratione confirmatur, vt iudex conuenientem petitioni & libello sententiam possit formare & pronunciare. Sententia enim debet esse libello conformis, & vltra id quod in iudicio deductum est, potestas iudicis excedere non potest. *l. vt fundus 18.ff.Com.diuid.l.vlt.C.de fideic.libert.* vbi dicitur stultum esse iudicem qui super non petitis pronuntiat.

ASSERTIO LVI.

Quoties ex pluribus causis quid debetur, & quod solutum est, omnibus summis non sufficit, tunc in grauiorem causam solutum censetur.

CVM debitor ex pluribus causis diuersas summas debet creditori, & aliquam summam vel quantitatem soluit, nec exprimit in quam causam soluat, tunc in causam debiti grauiorem solutum censetur, qua scilicet illum primò quoquo tempore exonerari expedit. *l. 3. & 5. ff.de solut.* Quæ constitutio & interpretatio ICrorum producta est ex illa naturali æquitate, quod fauorabiliores sunt rei quam actores, item quod procliuiores esse debemus ad liberandum quam ad obligandum *l. Arrianus.ff.de oblig.& act.* Exempli causa, si debitor aliud purè & præsenti die debebat, aliud verò in diem vel sub conditione, & indistinctè aliqua summa ex his debitis soluatur, illud solutum censetur, quod purè debetur, & cuius dies venit. *l.3.l.cum ex pluribus.103.ff.de solut.*

Verum grauiter cum *d.l. 3.* pugnat. *l. 1. ff. de solut.* vbi Vlpianus statuit, si debitor cum ex pluribus causis deberet, vnum debitum soluat, quod tunc illud debitum soluisse censetur, cuius dies nondum venit. Resp. In *d.l.1.* pro illis verbis. *Aut in illud*, legendum haud in illud, pro vt Russardus annotauit se in veteri exemplari legisse, vt sit sensus, quod indistinctè solutum est à debitore ex pluribus causis obligato, non esse imputandum in illud

illud debitum, cuius dies nondum venit, Quæ lectio textui quam optimè congruit, & omnem difficultatem tollit. Ita tradunt *Wesemb. in parat. ad tit. ff. de solut. Donel. lib. 16. com. c. 12.* Quæ sententia probatur in *l. cum ex pluribus 97. & l. cum ex pluribus 103. ff. solut.*

Secundò aduersatur decisioni superiori. *l. 1. C. de solut.* vbi statuitur, quod si debitor cum ex pluribus causis deberet, puta aliquam summam ex sorte principali, aliam ex vsuris, & indistinctè aliquid soluit, quod non sufficiat ad vtranque summam, prius in vsuras, deinde in sortem, id quod soluitur, accepto ferendum esse. Hic in dubio in eam causam solutum intelligitur, in quam accepto ferri expedit creditori, non debitori. Est enim vtilius creditori in vsuras solutum imputare quam in sortem, è contra debitori vtilius est prius in sortem, quam vsuras solutum acceptum ferre. Nam solutâ obligatione vsurarum præteritarum, nihilominus salua manet creditori obligatio sortis & vsurarum obligatio accessoria. *l. eos in princ. C. de vsuris.* At verò solutâ sorte tanquam obligatione principali, & extinguitur cursus vsurarum, tanquam obligatio accessoria. *d. l. eos.* Resp. Quod supra dictum est, debitum ex pluribus causis in grauiorem causam solutum censeri, seu in eam causam, quæ commodior vtiliorque est debitori, hoc ita intelligendum est, si ex pluribus causis æquè principalibus quid debeatur, quia fieri hoc potest sine damno & injuriâ creditoris. Nam cum ex pluribus causis principalibus, quod soluitur, acceptum fertur in causam debitori grauiorem, pro ejus commodo, vnâ causâ per solutionem sublatâ, quæcunque ea sit, cætera debita tanquam æquè principalia nihilominus integra manent. At verò quoties quid debetur pro sorte & pro vsuris, tunc secus accidit, nam si creditor cogeretur id prius in sortem acceptum ferre quam in vsuras, tunc sorte soluta tolleretur simul etiam obligatio vsurarum, quæ tanquam obligatio accessoria sequitur obligationem principalem sortis. Hoc verò non fieret sine graui damno & injuria creditoris. Eleganter *Donel. in comment. d. c. 12.*

ASSERTIO LVII.

Furta non iure ciuili scripto, sed ex consuetudine laqueo puniuntur.

QVOD furta jure ciuili Romanorum non puniuntur pœna mortis vel capitali, patet ex *No. 134. de vicar. seu locum tenent. §. quia vero. & ex Auth. sed nouo iure. C. de ser. fugit.* Cujus hæc sunt verba. Sed nouo

iure pro furto nec morietur aliquis, nec aliquod membrum abſcindetur, ſed aliter caſtigabitur. Fures verò appellamus eos qui occultè & ſine armis aliena tollunt, non eos, qui vi, armis manu coacta graſſantur latronum more.

Obiicitur conſtitutio Imp. Frederici quæ extat *lib.2. feudo. tit.27. de pace tenendâ & eius violator.* §. *ſi quis quinque*, vbi Imp. Fredericus conſtituit, vt fures de patibulo ſuſpendantur, quoties furtum quinque ſolidorum, id eſt aureorum Hungaricorum æſtimationem excedit. Sin minus furati ſunt, ſcopis & forpice excoriari, & tundi debent. Reſp. Illa conſtitutio Imp. Frederici tantum de caſu fractæ pacis loquitur, ſeu de furto, quod adhibitis armis & per violentiam perpetratur. Itaque ea pœna non ſtatuitur in illos, qui ſimplex furtum commiſerunt, ſed qui violenter graſſati ſunt in bonis aliorum diripiendis, qui non tantum fures ſunt, ſed effractores & violenti raptores, punitque ea lex fures, non tantum quatenus fures ſunt, ſed quatenus pacis publicæ turbatores exiſtunt. Quod apertè probat inſcriptio tituli præfixa conſtitutione Imp. Frederici, quæ inſcribitur, de pace tenenda & eius violatoribus. Ita rectè notat *Baro ad* §. *vlt. Inſt. de obligat. ex delict.* & communiter ita accipi atteſtatur *Gomeſ. in* §. *ex maleficiis. num. 2. & 3. Inſt. de action.* Quæ ſententia etiam verbo Dei conſentanea eſt. Similiter enim in lege diuina conſtitutum eſt. *Exodi.22. verſ.2.* vt ſi noctu veniſſet fur armatus, velletque aliquid rapere, impunè eſſet eum occidere. Huc facit quod traditur 2. *Samuel. c.12. v.5.* vbi Dauid inquit, quod diues qui habet greges & armenta multa, ſi rapiat vnicum agnum pauperis, mortem meretur, & præterea quadruplum reddere tenetur.

Secundò obiicitur *l. penult. ff. de cond. cauſ. dat.* vbi pro ſimplici & exiguo furto quis iure ciuili pœna mortis afficitur. Reſp. Illa lex diſponit de furto à ſeruo cõmiſſo, at cum ſerui in iure pro hominibus vilibus & abiectis habeantur, imò pecudibus exæquentur, non mirũ eſt, ſi in eos pro furto pœna mortis ſit ſtatuta, diuerſum tamen in liberis hominibus obtinet. Illud enim etiam iure cautum eſt, quod in omni delicto ſeuerius ſerui, quam liberi homines puniri debent. *l. capitalium 28.* §. *vlt. ff. de pœn.*

Porrò conſuetudo hæc quæ pœnam pecuniariam in corporalem mutauit, optimo iure defendi poteſt, propter frequentiã ſcilicet furtorum, quia frequentia hæc furandi teſtatur nouiſſimis hiſce & deterrimis temporibus, leui animaduerſione delictum hoc coëceri non poſſe. Sic enim & iure ciuili expreſsè deciſum eſt, quod maleficiorum ſupplicia exacerbentur propter frequentiã & iterationem delictorum, quoties nimirũ multis perſonis graſſantibus & delinquentibus, ſeueriori exemplo opus eſt. *l. aut facta. 16.*

§. *vlt. l.*

§.vlt.l.capitalium.28.§ solent.& §.grassatores.& §.famosos.ff.de pœn. vbi dicitur quod latrones, & grassatores furca suspendi, vel capite debent mulctari. *l.seruos.C.Ad l.Iul.de vi pub.* Adhæc in puniendo non tam res quæ violantur, quam qualitas delicti est consideranda, an & quatenus Rempub. lædat. Atqui fures non minus humanam societatem violant, quam adulteri & homicidæ. Non enim tantum opus est tuto & concordi conuictu, ac castâ conjugum conjunctione, sed etiam distinctione dominiorum, & bonorum defensione ad societatem vitæ humanæ retinendam opus est, quam cum violent fures, meritò exemplo homicidarum & adulterorum, extremo supplicio afficiuntur. Pulchrè *Wesenb.in parat.ff.de furt.nu.vlt.Forner.lib.1.selection.c.15.& 22.Didac.Couarru. lib.2.var.Resol.c.9.nu.7.* vbi eleganter tradit iure ciuili Romano fures pœna mortis non puniri, per *d.Auth.sed nouo iure.C.de furt.* sed iure Longobardico feudorum pœnam mortis furibus irrogari, per *d.§.si quis quinque.tit.de pace tenen.& eius vidat.lib.2.feudo.tit.27.* Atque ibi hanc pœnam iustè à Repub. infligi propter delinquendi audaciam & proteruiam scribit, vbi id variis gentium moribus & legibus comprobari adfirmat. Lege etiam XII. tabularum furem nocturnum occidere licebat, diurnum autem si se cum telo defenderet. *l.itaq; 4.ff.Ad l.Aquil.l.furem 9.ff.ad l.Com. de sicar.* Quinimò & qui arbores, & maximè vites ceciderint, puniuntur tanquam latrones. *l.2.ff.Arb.furt.cæs.* Quæ lex admodum dura & seuera est, eamque adhuc in Saxonia seruari intellexi.

ASSERTIO LVIII.

Actio iniuriarum, quâ agitur ad palinodiam seu reuocationem iniuriæ, ciuilis est, non criminalis.

QUÆSITVM est à DD. An actio iniuriarum, quâ agitur ad reuocationem iniuriosorum verborum, & restitutionem famæ læsæ, ciuilis vel criminalis censeatur. Et verior crebriorque est DD. sententia eam criminalem non esse. Eaque probatur hisce quatuor firmissimis rationibus. Primò quia cum agitur ad reclamationem iniuriæ, non potest dici quod agatur ad aliquam pœnam fisco applicandam, quod in criminali causa omninò est necessarium. *gloss. & Bart. in l.Prætor.ff. de sepulch.viol.* Secundò etsi iure ciuili in causis criminalibus appellatio sit permissa. *l.addictos in fin.C. de epis. audient.* moribus tamen Germaniæ non permittitur appellatio in criminalibus, verum quia in actione iniuriarum, qua agitur ad reuocationem, recepto more iudiciorum appellatur, consequens est

eam non esse criminalem. Tertiò in criminalibus iudiciis procurator interuenire non potest. *l.penult.* § *vlt.ff.de publ.iud.* at in actione iniuriarum reclamatoria procuratorem admitti constat. Quartò hoc priuilegium criminali iudicio datum est, vt eo pendente nulli ciuili quæstioni locus sit. *l.2.* §. *sed si agant. ff.de iud.* Iam si actio iniuriarum, qua agitur ad reuocationem, criminalis esset, sequeretur eam cum ciuili, qua ad æstimationem iniuriæ contenditur, cumulari non posse, cuius tamen contrarium vsu obseruatur. Ex quibus omnibus liquidò apparet, actionem iniuriarum ad reuocationem institutam, potius ciuilem quam criminalem esse.

Obiicitur huic assertioni, quod actio qua agitur ad palinodiam infamat. Ergo criminalis est. Resp. Hoc non sequitur, nam & actiones mandati, depositi, de dolo, & aliæ quam plures infamant, nec tamen propterea sunt criminales. Nam & eodem modo actio iniuriarum etiam ciuiliter intentata infamat. *l.athletas.4.* §.*fin ff.de his qui not.infam.* §.*ex quibusdam.Inst.de pœnis temerè litig.* ex quo tamen inferri non potest eam esse criminalem.

Secundò opponitur hoc argumentum. Actio qua agitur ad reuocationem iniuriæ continet pœnam, eaque pœna quia non est pecuniaria, necesse est corporalem esse. Atqui cum pœna sit corporalis & descendat ex delicto, necesse est hoc iudicium esse criminale. Resp. Non potest dici iudicium esse criminale, quia illud demum iudicium est criminale, quoties corpus delinquentis punitur, aut pœna pecuniaria fisco applicatur. *arg. l. locatio.*§.*quod illicitè. ff. de publ. & vect.* Ita tradit *Bart. in l.vlt.vers. quare quomodo cognoscam.ff. de priuatis delict. & in l. prætor ait in princ.ff.de sepulch.viol.* Vnde cum neutrum interueniat in actione iniuriarum, qua agitur ad reclamationem iniuriæ, sequitur non esse iudicium criminale.

Tertiò in contrarium adfertur. *l.1.*§.*vlt.ff.de suspect.tut.* vbi dicitur, quoties contra suspectum tutorem agitur, vt puniatur, tunc esse iudicium criminale, ideòque non ad prætorem, sed præfectum vrbi, qui tantum de criminibus cognoscit, remittitur tutor puniendus. Resp. Accusatio suspecti tutoris potest etiam criminaliter intendi, quo casu si grauius deliquerit tutor, videtur etiam corporaliter puniendus. *l.3.*§.*tutor.ff.de suspect. tut.l.1* §. *suspecti.ff. Ad SC.Turp.* Hanc sententiam, quod ciuilis sit actio, qua agitur ad palinodiam iniuriæ, defendunt *Gail.lib.1.Obser.cap.65. Mins.cent.2.obs.98.* vbi notant hanc veriorem & receptiorem esse D D. opinionem, quæ in Camera imperii iudicando obseruatur. *Wesenb.in parat.ad tit.de iniuriis.num.18. & cons.22.nu.18.* Dissentit *Maran. in Spec.aur.par.4.dist.1.num.17.* Vnde & rectè deciditur quod cum hæc actio sit ciuilis, quod in libello super actione iniuriarum, vtrumque iudicium, & quo agitur ad æstimationem iniuriæ, & quoad reclamationem contenditur, cumulari possit. Sic *Boërius in consuetud.*

[illegible]ud. Bituric. conclus.1. tradit, quod in causa iniuriarum agi potest ad binas e[illegible]endationes, vtilem scilicet, id est pecuniariam, & honorariam, id est ad [illegible]titutionem honoris seu reclamationem iniuriæ, quod sequitur *Gail. d. lo-c[illegible] & Mins. ad §. in summa. Inst. de iniuriis.*

ASSERTIO LIX.

Crimen stellionatus infamat, si cum aliâ ciuili actione concurrat.

CAVSA propter quam irrogatur infamia, est dolus, vel simile delictum, quod in dolum cadit, veluti perfidia, stellionatus, impostura, periurium. *l. furti. 6. §. vlt. ff. de his qui not. infam.* Stellionatus dicitur [illegible]anis fraus & impostura, quæ proprium delicti nomen non habet, & i[illegible]em est in criminalibus, quod in ciuilibus iudiciis actio de dolo. *l. 3. ff. [illegible]ellionat.* Damnatus igitur de crimine stellionatus fit infamis. *l. quid ergo 13. §. vlt. ff. de his qui notat. infam.*

Sed obijcitur *l. 2. ff. Stellio.* vbi dicitur iudicium stellionatus non esse fa[illegible]osum. Resp. Ex sententia Iohannis veteris glassatoris probata ab Ac[illegible]urs. *in d. l. 13. §. vlt.* quod tunc crimen stellionatus infamet, si concurrat [illegible]um alia ciuili actione famosa, puta actione de dolo. *l. 1. ff. de his qui not. infa.* [illegible]c si debitor actione ex stipulatu conuentus soluit æs pro auro, quia ex [illegible]hc causa actio de dolo famosa competit, erit & crimen stellionatus famosum. Similiter si quis merces quas mihi debebat ex stipulatu, dolo ma[illegible] corrupit, & sic tradidit, tenetur actione ciuili de dolo, quæ est famosa. [illegible]itur & hoc casu erit iudicium stellionatus famosum. Si verò actio quæ [illegible]um hoc crimine concurrit, non est famosa, crimen quoque stellionatus, [illegible]on est famosum. Vt puta si venditor sciens rem alii obligatam, dissimu[illegible]ta obligatione, per calliditatem alii distraxit, aut debitor rem alii obliga[illegible]m alii sciens dolo malo pignorauit, his casibus non datur actio de dolo, [illegible]d pigneratitia contraria, quæ actiones non sunt famosæ. Ergò nec cri[illegible]en stellionatus erit ex iis causis famosum. *l. tutor. 16. §. 1. l. si quis in pigno[illegible]. 36. §. sed & si quis. ff. de pig. act. l. statuliberum. 9. §. 1. ff. de statulib. fac. l. infamem 7. [illegible] de publ. iud.* vbi dicitur, quod quando publicum iudicium seu crimen [illegible]oncurrit cum priuato iudicio, quod infamiam irrogat, tunc etiam iudi[illegible]ium publicum infamiam condemnato importat. Ita post Accursium di[illegible]inguunt *Cuiac. lib. 10. obs. c. 26. Duar. lib. 1. anniue. disput. c. 42. Ioannes Robert. lib. 4. [illegible]utent. iuris. c. 17.* Aliter sentit *Anto. Faber lib. 4. coniect. c. 2.* qui crimen hoc

stellionatus

ſtellionatus ſemper famoſum eſſe contendit, & *in d.l.2.ff. Stellion.* expungit negationem.

ASSERTIO LX.

Reus accuſatus in criminalibus cauſis, præcedente iuramento calumniæ de veritate dicendâ, poſitionibus accuſatoris reſpondere non tenetur.

PROBATVR & ſtabilitur hæc concluſio *in c.quis aliquando. de pœnitent. diſt.1.& in c.ſi peccauerit.2. quæſt.1.* vbi habetur, quod quis non tenetur ſe prodere & proprium delictum manifeſtare. text. *in l.1.ff.de bon.eo.qui ſibi mort. & in l.qui cum maior.§.ſi patris.ff.de bon.liber.& in l.transfigere C.de tranſact.* vbi ſtatuitur, quod qualitercumque licitum eſt vnicuique ſanguinem ſuum redimere. Hanc etiam opinionem probat. text. ſingularis *in l.4.ff.de teſtib.* vbi conſanguineus intra certum gradum ibi definitum non cogitur dicere teſtimonium contra conſanguineum. Ergò multò minus ipſe delinquens accuſatus non debet cogi dicere contra ſe teſtimonium. Hanc ſententiam defendunt *Bald. in l.2. §. quod obſeruari. C. de iure. calum. Hippo. de Marſ. in pract.crim.§.poſtquam.1. col.Iul.Clar.in pract.§.vlt. quæſt.45.verſ.ſed quæro.* Contrariam ſententiam ſequitur *Gomeſ.tomo.3.variar.reſolut.c.12.de probat.delict.nu 5.* Adde pro prædictâ ſententiâ hanc firmam & euidentem rationem, quod judex non debet à reo exigere iuramentum, ex quo præſumtio periurii exurgit, & periculum lædendæ conſcientiæ emergit, arg. text. *in c.clericos.de cohab.cler.& mulier.* Atqui in hoc caſu maxima daretur occaſio periurii, quia reus non præſumitur facilè tale teſtimonium contra ſeipſum perhibere, ex quo ſibi ipſi poſſet creare pœnam mortis, vel aliam grauiorem pœnam corporalem.

Sed in contrarium adfertur. *l.1. & 2. C.de iura.calum.* vbi traditur quod generaliter in omnibus cauſis tam ciuilibus quam criminalibus habet locum iuramentum calumniæ, cujus duo ſunt principalia ſubſtantialia membra, primum eſt, quod actor ſeu reus iuret ſe fouere iuſtam cauſam; ſecundum eſt, quod interrogatus in qualibet parte litis dicet veritatem. Reſp. Iſtæ leges debent intelligi in iuramento calumniæ reſpectu primi articuli, quod ſcilicet iurent litigantes ſe fouere iuſtam cauſam, & dolum vel calumniam in lite non commiſſuros. Non verò tenentur iurare, quod interrogati adſtringantur reſpondere de veritate dicenda.

Secundò obijcitur *l.Marcellus §.1.ff.Rer.amot. & l.lex Cornelia 5. §.hac lege.ff. de iniur.*

iniur. vbi traditur, quod in actione rerum amotarum, & iniuriarum, quæ descendunt ex delictis, habet locum delatio hujus iuramenti. *Resp.* Illæ leges habent locum in iuramento iudiciali, quod defertur à parte parti, & imponit finem liti & causæ institutæ, aliud verò obtinet in iuramento calumniæ de veritate dicendâ.

Tertiò opponitur *l.3.§.ex quacunque ff. de iure iu.* vbi asseritur, quod in qualibet actione, siue rei persecutoria, siue pœnali, cogitur quis iurare. Resp. Ille locus intelligendus est de iuramento litis decisorio, quod iudiciale vocant DD. quo totalis dirimitur, non verò de iuramento calumniæ. Deinde procedit ille text. in causis ciuilibus tantum, non in criminalibus, nam in hisce causis decîdendis non est locus delationi iuramenti, sed actor crimen quod intendit, liquidissimè docere, & probationes meridiana luce clariores adferre tenetur. *l.vlt.C.de probat.*

Quartò aduersatur *l.1.& totus.tit.ff. de quæst.* vbi statuitur, quod per tormenta cogitur quis respondere de veritate, super facto proprio, ergò à fortiori tenetur respondere interrogatus cum iuramento. Resp. Hoc locum obtinet, quando reus iustis suspicionibus est grauatus, & de delicto grauiter diffamatus, tunc enim quia contra illum vehementes militant præsumtiones, tenetur se à præcedente diffamatione & iustis suspicionibus purgare, ac præstito iuramento calumniæ veritatem syncerè confiteri, licet ex hoc incurreret pœnam mortis.

ASSERTIO LXI.

In criminalibus iudiciis ex solis præsumtionibus nemo condemnari potest.

QUÆSITUM est à DD. vtrum ex argumentis & præsumtionibus reus, qui neque confessus, neque conuictus est, condemnari possit. Et verior, legibusque magis est consentanea sententia, quod ex indiciis & præsumtionibus reus aliqua pœna condemnari non possit, sed tamen quod verisimilia indicia & probabilia argumenta ad torturam sufficiant. Quod si verò conditio causæ vel personæ id non patiatur, reus est absoluendus. Prima pars decisionis probatur per *l.qui sententiam.C.de pœn.& l.vlt.C.de probat.* vbi statuitur, quod in criminalibus causis non est perueniendum ad pœnalem sententiam, nisi reus fuerit maleficium confessus, vel clarissimis probationibus conuictus. His addenda est *l. absentem. ff. de pœn.* vbi expressè traditur, neminem ex solis suspicionibus de crimine esse

damnandum. Altera pars decisionis fundatur *in l.milites.§. oportet.C. de quæstio.* vbi dicitur argumentis verisimilibus & legitimis inditiis conuictos, inuestigandæ veritatis gratiâ tormentis esse subiiciendos, si personarum conditio hoc patiatur. Huc facit *l.vnius.18.§.reus ff.de quæst.* vbi Paulus I C. inquit, quod reus euidentioribus argumentis oppressus in quæstionem repeti potest. Non dicit condemnari debet, sed iterum torqueri, si in tormenta animum corpusque durauerit.

E contrariò quod ex solis præsumtionibus quis condemnetur in criminalibus causis, probatur ex *l.si qui adulterij.34. & Auth.si quis ei. C. Ad l.Iuliam de adult.* vbi statuitur, quod si quis repulit crimen adulterii, quia dicebat se consanguinitate junctum esse mulieri, si postea reperitur vxorem illam ducere in matrimonium, punitur tanquam conuictus de crimine adulterii. Respond. Hoc specialiter ibi constitutum est in odium eorum, qui cognationis prætextu adulterium cælare student. Vnde ad alios casus omnes id generaliter producendum non videtur.

Secundò in contrarium adfertur *l.1.C.Ad l.Corn. de sica.* vbi ex graui percussione, ex quâ mors secuta est, tenetur quis pœna homicidii, nisi probet non occîdendi animo hominem à se percussum. Item *l.si non conuicij C. de iniur.* vbi si quis protulit in alium conuicia, tenetur actione iniuriarum, nisi probet se non iniuriandi animo dixisse. Resp. Illæ leges non probant quenquam ex solis præsumtionibus esse damnandum, sed istud tradunt, vbi constat crimen homicidii vel iniuriarum esse commissum, reum esse damnandum, nisi ipse probauerit vera esse, quæ ad defensionem suam allegat, veluti se casu vel defendendæ vitæ suæ gratia occidisse, vel iniuriandi animum non habuisse.

Tertiò obstat *l.vlt.C.de probat.* vbi dicitur etiam inditia indubitata sufficere ad condemnationem in criminalibus causis. Resp. Ibi inditia non significant præsumtiones iuris, sed indubitata & necessaria seu certissima argumenta, quando scilicet lex aliquid præsumit, & statuit, & super eo certum ius fundat, quæ vocantur præsumtiones iuris & de iure, vt in casu *l gis.si qui C. Ad l.Iul.de adult.* vbi qui accusatus de adulterio, excusat se prætextu consanguinitatis, si postea cum eadem contrahat matrimonium, inducitur violenta præsumtio à lege, per quam condemnatur pœna adulterii. Hanc sententiam, quod ex præsumtionibus non possit aliquis condemnari in causis criminalibus, amplectuntur *Gomes. tomo.3. Variar. resol. c.12.num.25. Fachin.lib.1.contro.iuris.c.29. Oldendorp. in tracta. de probat. Duaren. c.10. eod.tit.*

ASSER-

ASSERTIO LXII.

Etiam inuoluntaria quædam delicta coërcentur.

QUod delicta inuoluntaria, hoc eſt, non conſultò & data opera, ſed per imprudentiam commiſſa, iure ciuili etiam coërceantur, demonſtratur primò ex definitione legis tradita à Papiniano *in l.1. ff. e legib.* vbi lex definitur, quod ſit delictorum quæ ſponte vel per ignoraniam committuntur, coërcitio. Secundò idem expreſſè & diſertè confirnat. *l.2. ff.de ter.mo.* vbi illi qui per ignorantiam vel caſum fortuitum terninum agri loco mouerunt, vel lapides finales abſtulerunt, verberibus oërcentur. Tertiò hanc ſententiam comprobat *l.qui ædes.9.ff.de incend.ruin. aufr.* vbi ſtatuitur, quod qui caſu quodam, non conſulto data opera edes ſtruemue frumenti combuſſit, in eum eſt actio in duplum, vel ſi non ſt ſoluendo, extra ordinem coërcetur. Quartò confirmatur hæc ſententia etiam iure diuino: nam vt *Deutero.cap.19.* ſancitur, lege diuina ſex ciitates, tres vltra, & tres citra Jordanem deſtinantur exilio voluntario, juo illi plectuntur, qui fortuitò & per imprudentiam homicidium comniſerunt, & propter inuoluntaria homicidia in haſce ciuitates ſecuritatis auſa ſe recipientes à pœna mortis liberantur.

Sed prædictæ deciſioni vehementer obſtare videtur. *l.Diuus.14.ff. Ad l. Corn.de ſica.* vbi traditur, quod in maleficijs voluntas non exitus ſpectatur, oc eſt, ſi quis non habuit animum & propoſitum delinquendi, licet ille lteri iniuriam intulerit, vel damnum dederit, hoc factum, quia abfuit nimus & voluntas peccandi, non meretur pœnam. Reſp. Non ſolùm rimina & delicta admitti cenſentur conſultò & data opera, ſeu per doum, & malitiam ad delinquendum deſtinatam, ſed etiam quandoque er imprudentiam & ignorantiam delinquitur, nam & in ignorantia quælam culpa interuenit. Quæ culpa tunc maximè punitur, ſi maxima & upina negligentia, vel laſciuia in peccando admiſſa ſit. *l.4.§.1.ff. Ad l.Corn. e ſicar.* Quinimò & in eum qui leuiore culpâ deliquit, competit ex lege Aquila actio. *l.qui occidit.30.§.penult.ff. Ad l.Aquil.* Hinc & homicidium caū factum legibus punitur, vt manifeſtè probat. *l.aut facta.16.§.euentus ff.de œn.* vbi traditur, quod homicidia caſu fortuitò admiſſa, ſeu ab homine lementiſſimo perpetrata in eum, quem quis uullo modo oderat, puniunur voluntario exilio. Planè vno ſingulari caſu, quando in homicidio omis voluntas occidendi abfuit, cenſetur omninò pœna homicidij remitenda. Quod accidit, cum in colluctatione vel publico certamine, vel in

campo ſagittario; dum pugiles & ſagittarij ſe exercent, aliquis alterum occîdit, quia gloriæ cauſâ aut virtutis, non vero contumeliæ aut injuriæ gratiâ videtur damnum datum, aut cædes perpetrata. text. eſt *in l.7. § ſi in colluctatione. ff. Ad l. Aquil.* Quâ de re pulchrè Plato in ſuis legibus ſanciuit, hoc modo. Si quis in colluctatione vel publicis certaminibus aliquem amicum occîderit, purus & inſons eſto. Eleganter *Cuiat. lib. obſ. 19. c. 10.*

ASSERTIO LXIII.

Etiam cœptum ſed nondum conſummatum crimen punitur.

IVRE Romano non tantum effectus punitur, ſed etiam conatus & voluntas. Vnde Seneca rectè ſcriptum reliquit *declam. 7.* ſcelera quamuis citra exitum ſubſederint, puniuntur. Quod & confirmatur *l. 1. C. Theod. Ad l. Iul. de amb.* hiſce verbis. Pari ſorte leges ſcelera puniunt, & ſceleris voluntatem. Porrò & jure noſtro Cæſareo expreſſis textibus approbatur hæc deciſio, & primò per *l. quiſquis. C. Ad l. Iuliam maieſtatis.* vbi traditur, quod eadem ſeueritate, voluntatem ſceleris, qua effectum puniri jura voluerunt. Secundò eadem ſententia corroboratur in *l. 1. ff. de extraord. crim.* vbi ſtatuitur, quod ſollicitatores alienarum nuptiarum, etiam ſi adulterium perpetrare non potuerint, tamen propter voluntatem perniitioſæ libidinis extra ordinem coërcentur. Tertiò conuincitur hæc aſſertio per *l. ſi quis non dicam. C. de epiſcop. & cleric.* vbi pari pœna plectitur qui rapuit monialem aut veſtalem virginem, & qui nuptias ejus attentauit. Quartò hæc concluſio ſtabilitur ex eo, quod qui alienum ſeruum corrumpere tentauit, punitur in duplum actione de ſeruo corrupto, ideò quia conſilium corruptoris ad perniciem probitatis ſerui introductum eſt, tex. eſt *in l. ſi quis. 20. C. de furt.* Quintò & conſilium voluntaſque ſola proditoris patriæ punitur, licet crimen non ſit peractum, cum talis ſit læſæ majeſtatis reus in *d. l. quiſquis.* Sextò ſolus conatus punitur in parricidio, quando filius venenum emit, vt patri daret, quamvis dare non potuerit. *l. 1. in fin. ff. Ad l. Pompeiam de parricid.* Denique certa & generalis juris regula eſt, quod in atrocioribus criminibus, quæ & naturali & ciuili jure damnantur, conatus & voluntas pro delicto punitur, licet delictum non ſit ad exitum vel effectum productum. Ita notat gloſſ. communiter approbata in *l. 1. §. Hæc autem verba. ff. Quod quiſque iur.*

Huius

Huius rei memorabile exemplum refert *Bodin.lib.4.de Repub.c.vlt.* vbi ita scribit. Cum nobilis quidam Normannus apud nos fraterculo sodali confiteretur se Franciscum Regem Galliæ occidere voluisse, nihil tamen aliud esse flagitiosæ voluntatis sponte pœnitere, sodalis reo confitenti ac scelus deprecanti, quantum quidem poterat, ignouit: eundem tamen paulò post ad Regem detulit, qui reum comprehensum ad curiam Parisiorum mitti jussit, Curia capitali supplicio, quasi perduellionis convictum, damnauit vbi subjungit Bodinus, Prudentius tamen, opinor, rex ignouisset quia cogitationis illius ac voluntatis, quam propter scelerum atrocitatem leges coërcent, hominem pœnituisset, ac sui ipsius proditor & accusator prius extitisset, quam accusaretur. per *l.cogitationis 18.ff.de pœn.*

Verum aduersatur huic sententiæ *d.l.1.§.1.ff. Quod quisq; iur.* vbi dicitur non rem cœptam sed perfectam & consummatam legibus puniri, Idem confirmat *l.impuberem 22.§.sed si ei seruo.ff.ad l. Corn.de fals.* vbi traditur, licet quis quo ad cogitationem animi nocens sit, tamen quia effectus non est secutus, pœnæ eximendus est. Quod & comprobat *l.cogitationis. 18.ff.de pœn.* vbi statuitur, quod cogitationis pœnam nemo pati debeat. Ex quibus omnibus liquidò paet, quod conatus jure ciuili non puniatur, quando crimen non est consummatum, & ad effectum deductum. Resp. Prædicta regula quâ definitur, quod cœptum & inchoatum crimen etiam puniatur, licet effectus non sit secutus, procedit tantum in delictis atrocioribus, atqui in leuioribus criminibus ex solo conatu pœna legibus non irrogatur sed ibi locum habet hæc regula, quod conatus non punitur pro delicto, quando injuria non habet effectum *d.l.1.§.vlt.ff. Quod quisque iur.* &c. vbi hæc recitantur verba. Quid enim obfuit conatus, cum injuria nullum habuit effectum? Ita notat *Gl.* communiter probata in *l.1.§.1. ff.Quod quisque iur.* Assentitur *Cuiat.lib.15.obs.cap.25.*

Secundò objicitur argumentum ex Theologiâ petitum. Non est rationi consentaneum, vt cogitationes seu phantasiæ committendorum peccatorum, quæ temerè volutantur in mente & cerebro hominis, & tandem euanescunt, pro concupiscentiis damnentur, quarum sedes est in corde. Resp. Hic est quæstio de ejus generis phantasiis & cogitationibus, quæ dum mentibus obseruantur, simul animum cupidate mordent & feriunt, quandoquidem nunquam venit in mentem optare aliquid, quin simul cor excitatum saliat. Ita respondet *Caluin. lib. 2. Institut. Christ. relig. cap. 8. nu. 50.* Hinc *Theodoro Balsamo in cap. 4. Neocæsariana synodi* verè & scitè tradit, quatuor esse peccatorum gradus, Objectum seu primum motum, luctationem, assensionem & actum. Priora duo quia primi animorum motus non sunt in nostra potestate, sunt extra noxam, posteriora

riora verò punienda sunt. Ita eleganter notat *Fornerius ad l. fugitiuus. 225. ff. de verb. signif.* Vide *Menoch.* de hac quæstione, *de arbitrari. iud. quæst. cas. 360.* vbi explicat conatus ad delictum quando & qua pœnę puniatur. Facit huc locus qui extat apud Arnobium. *lib. 8. contra Gentes*, dum inquit, Vos scelera admissa punitis, apud nos & cogitare peccare est.

ASSERTIO LXIV.

Si aliquis ex domo inimici sui euaginato & sanguinolento gladio profugit, isque mox repertus sit vulneratus aut interfectus, hoc sufficiens indicium est ad inducendam condemnationem.

COMPROBATVR hæc assertio ex eo quod traditur in *l. vlt. C. de probat.* vbi asseritur, quod in criminalibus caussis ad condemnationem sufficiant indicia certa & indubitata. Atqui hæc prædicta indicia prorsus censentur esse indubitata, quæ omninò mouent & arctant judicem ad credendum, ita quod non possit in contrariam partem inclinare. Si enim aliquis reperiatur esse occisus in domo sua, nec tamen testes adsint, qui viderint illum occidi, sed reperiantur aliqui, qui viderint inimicum ex domo ejus profugientem cum euaginato & sanguinolento gladio, certè hæc tria signa & indicia, quod inimicus fuerit, quod fugerit, quod sanguinolento strictoque gladio armatus fuerit, sunt apertissima & indubitata signa, quæ sufficiunt ad aliquem condemnandum pœna mortis. Ita tradunt *Bart. in l. 3. nu. 1. ff. de furt. Bald. & Salic. ad l. vlt. C. de probat.* qui referunt antiquum Doctorem quendam Bononiensem Piperatam nomine, publicè disputando hanc sententiam obtinuisse. Quæ etiam confirmatur hoc argumento, quod in causis criminalibus exigantur probationes non solùm ab accusatore; sed etiam à reo. *l. vlt. C. de abolit.* Itaque si aliquo casu reus tenetur probare, præcipuè hoc casu tenetur, quo contra ipsum tam violentæ & magnæ presumtiones concurrunt ex inditijs manifestis, quæ efficaciter animũ judicis mouere possunt ad condemnandũ. Denique pro hac assertione plurimum facit, quod cum inditia manifesta ad condemnationem inducendam sufficientia, non sint specialiter legibus prodita, consequens est, vt arbitrio judicis ea committantur. per *l. 1. in fin. ff. de iur. delib. l. 3. §. eiusdem. ff. de testib.* Vnde cum leges hæc inditia arbitrio & potestati judicis permittant, certè hoc arbitrium prorsus tolleretur, si ex tam manifes-

manifestis prægnantibusque & indubitatis signis & inditiis, non posset judex reum criminaliter condemnare.

Opponitnr huic decisioni *d.l.vlt. C. de probat.* vbi lex ait in criminalibus causis requiri indicia indubitata & meridiana luce clariora. Resp. Ea dicuntur inditia indubitata, quæ vrgent animum boni & constantis judicis ad credendum, eaque sufficiunt ad condemnationem etiam in criminalibus causis. Atqui hæc prædicta indicia certò inflectunt animum judicis ad fidem accusationi adhibendam. Neque enim requirimus in judicijs criminalibus tam necessarias probationes, vt sunt demonstrationes mathematicæ. Alioquim nemo vnquam condemnaretur, & nulla probatio sufficeret, cum & testes possint esse falsi, & instrumenta eudem vitio laborare. Ideoque in proposito casu putarem reum pœna capitali condemnandum, nisi indicia obiecta purgaret, & innocentiem suam ostenderet. Hanc sententiam tuentur ad. *d.l.vlt. Bald. Salyc. & nouißimè* Pacius: à quibus dissentit *Gandinus in tract. de malefic. rubr. de præsumtion.* Angel. *ad l.vlt. C. Quod met. caus.*

ASSERTIO LXV.

Mandans aliquem vulnerari, si sequatur mors ex vulnere, non tenetur ordinariâ pœnâ legis Corneliæ, sed arbitrariâ.

ARGVMENTVM hujus decisionis hoc est, quia in lege Cornelia non punitur culpa, sed dolus. *l. in lege. 7. ff.* Ad l. *Corn. de sicar.* Atqui talis mandans non est in dolo, sed in culpa, quæ quidem culpa non sufficit, vt legi Corneliæ sit locus. Addi potest & hæc ratio, quia cum diligenter mandati fines in contractibus & priuatis negotiis sunt custodiendi, multò magis in delictis & criminibus mandati limites strictè & præcisè sunt obseruandi. Facit huc etiam *l.3. §. adiectio. vers. sed ex SCto. ff. d. tit.* vbi scriptum extat, quod ea jussa fuit relegari, quæ non quidem malo animo, sed malo exemplo medicamentum ad conceptionem dederat, ex quo ea quæ acceperat, decessit.

Obijcitur *l. nihil interest. 15. ff. Ad l. Cornel. de siea.* vbi dicitur, nihil interesse, an quis occîdat, an verò mortis causam præbeat. Resp. Hic mandans uon præbuit causam, sed tantum occasionem homicidij, quia jussit & voluit vulnerari, non occîdi. Hæc duo, causa scilicet & occasio longè inter se differunt, Causa non potest esse sine effectu, sed occasionem quis potest præbere

præbere facto, licet factum vel euentus non sequatur. Contra solutionem instatur ex *l. qui occidit. 30. §. penult. ff. Ad l. Aquil.* vbi dicitur, quod qui occasionem damni præstat, damnum fecisse videtur. Resp. Hoc procedit in lege Aquilia, in qua non tantum dolus, sed etiam culpa punitur.

Secundò aduersatur *l. si quis aliquid 38. §. qui abortionis ff. de pœn.* vbi qui poculum abortionis vel amatorium alicui dedit, licet dolo caruit, tamen in metallum damnatur, & si homo ex eo perierit, vltimo supplicio adficitur. Resp. Illa res est plena mali exempli, & longè grauius est veneno hominem è medio tollere, multoque perniciosior est humano generi mors, quæ veneno infertur, quam quæ armis vel gladio intentatur. tex. est notabilis *in l. 1. C. de malefic. & mathem.* Ratio est, quia contra veneficia nemo sibi facilè præcauere aut prouidere potest. Atqui contra apertam vim armis intentatam vel fuga, vel iusta armorum defensione se quis tueri potest, & ita cædem violentam declinare, & vim illatam propulsare.

Vltimò obijcitur, quod vulgò dicitur, rei turpis nullum est mandatum, nec vires aliquas habet. *l. si remunerandi. §. rei turpis. l. si mandauero. §. qui ædem. ff. Manda.* Ergo nec mandanti delictum pœna extraordinaria est irroganda. Resp. Hæc non ita sunt accipienda, vt mandator impunitatem delicti speret, quasi non mandauerit, at eò pertinent, ne vllum ex eo mandato oriri possit iudicium inter mandantem & mandatarium, interim non obstat quo minus contra mandantem delictum eius nomine agatur, qui eius mandato vulneratus vel occisus est. Postremò notandum, quod aliud Iure Canon. decisum est, Ibi enim statuitur, quod si quis mandet aliquem vulnerari, & mandatarius occidat, quod mandans teneatur de occiso. *c. vlt. de homicid. in 6.* Cuius decisionis hæc ratio ibi redditur, quod mandans fuerit in culpa, & hoc euenire posse debuerit cogitare. Hanc decisionem tuentur *Fachin. lib. 1. contro. iur. cap. 36. Menoch. de arbitr. iud. cas. 352. Vaudus lib. 2. quæst. cap. 5.*

ASSERTIO LXVI.

Confessio vulnerati in articulo mortis, non est sufficiens indicium ad torturam.

QVOD confessio vulnerati in articulo mortis edita, non præbeat sufficiens indicium ad torturam, probatur manifestè per *l. 3. §. si quis moriens ff. Ad S C. Syllan.* vbi inquit Vlpianus non esse credendum domino, si moriens dixit à seruo vim mortis sibi esse illatam, nisi & hoc

potuerit

potuerit probari. Si ergo morientis domini confessio non potest præiudicare vel periculum adferre seruo, ad hoc vt ex ea tormentis possit subij-, multò minus extranei morientis confessio grauabit alium, vt contra eum ad torturam procedi possit, præsertim cum sit immensa potestas domini in seruos, & sint eis seruorum mores & facta maximè explorata. Et hæc sententia vsu forensi passim recepta & approbata est. teste *Claro in recept. sententiis quæst. 21. vers. assertio vulnerati. Menoch. de præsumt, lib. 1. quæst. 89. num. 9. Boër. 10. decis. 90. num. 7.*

In contrarium adfertur *l. vlt. C. Ad l. Iul. repet.* vbi dicitur, quod nemo præsumitur esse salutis æternæ immemor, præsertim in mortis articulo. Inde nemo præsumitur facile mentiri, & alicui moriturus periculum capitis & vitæ velle inferre. Resp. Non est præsumendum morientem velle mendacium in alicujus perniciem proferre, & ita impœnitentem in peccato mortali discedere. Attamen nemo est tormentis & quæstionibus subijciendus, nisi certa & aperta argumenta & indicia sint in promptu, quibus iudex sufficienter inducatur ad torturam decernendam. Non præbet autem certum & probabile indicium ad torturam morientis confessio.

ASSERTIO LXVII.

Fures de se confessi non debent de socijs per torturam interrogari.

FVNDATVR & comprobatur hæc assertio *in l. repeti. 16. §. 1. ff. de quæst. & l. vlt. C. accusat.* quibus legibus apertè deciditur, de se confessos non debere de aliorum criminibus per torturam interrogari. Subiungiturque ratio *in d. l. vlt.* ne cum propriam salutem in discrimen induxerint, aliorum vitæ intentent. Sed huic sententiæ repugnare videtur *l. Diuus. ff. de cust. & exhib. reo.* vbi in hæc verba rescribitur. D. Pius sub edicto proposuit, vt Irenarchæ cum appræhenderint latrones, interrogent eos de sociis & receptatoribus. Cum quâ sententiâ concordat *l. prouinciarum. C. de fer.* vbi statuitur, quod à latronibus proditio sceleratorum consiliorum per tormenta exquirenda est. Resp. Illæ leges disponunt & loquuntur de latronibus, qui à furibus distinguuntur: grauius namque & atrocius crimen est latrocinii quã furti, cum latrones vias obsideant, prædentur & diripiant per vim non solum bona viatorum, sed etiam in vitam eorum sæuiant, atqui fures clàm tantum bona & facultates auferunt. Itaque in crimine latrocinii possunt latrones interrogari de sociis, per tormenta de se confessi, quia tale

crimen absque sociorum conspiratione rarò committitur, fures verò in caput sociorum torqueri non possunt. Hanc sententiam defendunt & tuentur *Salycet. in l. vlt. C. de accusat. Gomez. in vari. resol. cap. de probat. delict. num. 16. Fachin. lib. 9. contro. cap. 92.* Porrò ita demum debet confessus de crimine latrocinii super aliorum conscientia interrogari, si aliqua præcedat præsumtio, puta publica fama, tunc enim socio accusato iniungenda est criminis purgatio. *l. 1. C. de quæstio.*

Secundò aduersatur hæc ratio, quod congruit officio præsidis purgare prouinciam malis hominibus, *l. 3. ff. de off. præs.* ideoque debet iudex furem de sociis interrogare, præsertim cum talia furta sunt, vt sine sociis non committantur, vt scilicet alii quoque criminis participes puniantur. Resp. Id debet præses curare & exequi juxta modos à iure permissos. Iura autem non permittunt de se confessos de aliis interrogari, nisi in criminibus exceptis, inter quæ furtum non numeratur.

Tertiò obijcitur *l. qui vltimò 29. in fin. ff. de pœn.* vbi traditur damnatos sæpe etiam ideò seruari solere post damnationem, vt ex his in alios quæstio habeatur. Resp. Intellectus illius legis restringendus est ad crimina excepta, iuxta mentem. *Salyc. in d. l. fin. num. 4.*

Quartò opponitur *l. prius. 17. ff. ad S C. tum Syllanian.* vbi traditur seruum de nece domini inquisitum, ob hoc solum, quod de se confitetur, posse de mandante interrogari, vt indicet cuius mandato fecit, prout asserunt & tenent *Thom. Grammat. decis. 28. num. 11. Menoch. de arbitrar. iud. cas. 474. num. 36.* Resp. Illa lex intelligenda est quando contra aliquem socium particularem, vel contra mandantem præcedunt iudicia, quia tunc potest seruus de nece domini inquisitus nedum interrogari de consociis, verum etiam torqueri. Ita respondet *Ludov. à Peguera in decis. criminalibus. quæst. 5. num. 10.*

ASSERTIO LXVIII.

Iudex in arbitrariis criminibus potest imponere pœnam mortis.

QUAERITVR & contenditur acriter à DD. An in criminibus, quæ iudicis arbitrio committuntur punienda, possit iudex extendere arbitrium suum vsque ad pœnam mortis naturalis. Et verior est sententia, quod iudex in criminibus, in quibus pœna ejus arbitrio infligenda committitur, possit imponere pœnam vsque ad mortem naturalem.

Quæ ſententia variis legibus confirmatur, & primò per *l. ſunt quædam. 9. ff. de extrad. crimin.* vbi eſt tex. expreſſus, quod iudex poteſt pœnam capitis, & ſic mortis infligere illi, qui alteri mortem minatus eſt. Secundò eadem ſententia confirmatur per tex. *in l. lex Iulia. §. hodie. ff. ad l. Iul. repet.* vbi ſtatuitur, quod iudex qui pecuniam accepit ad hominem necandum, vel calore iracundiæ contra innocentem pœnam mortis protulit, capite ſit puniendus. Tertiò ſuffragatur huic aſſertioni *l. ſacri legii ff. ad l. Iul. peculat.* vbi ſcribit Vlpia. proconſulem ſacrilegos plectere, vt aliquos ad beſtias damnet, alios igne comburat, alios verò in furcas ſuſpendat. Denique hanc ſententiam approbat *l. 1. & 2. C. de his qui latro. occul.* vbi contra eos qui latrones vel homicidas occultant, pœna mortis decernitur. Ex quibus legibus perſpicuè patet, quod in criminibus quæ arbitrio iudicis punienda committuntur, vel quibus pœna extraordinaria irrogatur, iudex pœnam ad mortem extendere poſſit.

Sed aduerſatur huic ſententiæ *l. 1. ff. de fur. balnea.* vbi dicitur quod fures nocturni puniuntur extra ordinem, verum eorum pœna non debet excedere opus publicum temporarium. Ideoque non poteſt pœna ad mortem in arbitrariis criminibus extendi. Reſp. Hoc fit propter criminis leuitatem, ſcilicet furtum, quia hoc iure ciuili non punitur capitaliter, vel pœna mortis. Atqui in grauioribus criminibus, vbi atrocitas delicti id exigit, iudex vſque ad mortem pœnam extendere poteſt. Adde quod ICtus *in l. 1.* limitet & reſtringat poteſtatem iudicis ad opus temporarium, cum ergò iudex habeat poteſtatem limitatam, non poteſt pœnam à lege impoſitam excedere. Alioqui ſi tam magna eſſet grauitas & atrocitas delicti, vt mereretur mortem, licet iudici arbitrium ad mortem extendere. Sic ſi quis iudicem ſedentem pro tribunali vulneret, imò vel alapam ei infligat, pœna capitali propter atrocitatem criminis mulctari poſſet. Ita decîdit *Bald. in c. 1. §. iniuria. de pac. iura. firm.* Approbat *Maran. in diſputat. legal. diſput. 3. num. 13.*

Secundò opponitur. *l. 1. §. expilatores. in fin. ff. de effracto.* vbi ſtatuitur iudicem poſſe ex arbitrio ſuo effractores, qui effringunt fores vt furentur, punire, eò quod in eos nulla ſpecialis pœna legibus impoſita eſt: ſed tamen non poteſt in plebëis excedere operis publici pœnam, in honeſtioribus verò rélegationis pœnam. Reſp. Lex etiam in eo caſu reſtrinxit & limitauit poteſtatem iudicis, vt opus temporarium vel relegationem egredi non poſſit. Vnde in his caſibus; quibus iudicis poteſtas ad certam pœnam eſt reſtricta, iudex non habet licentiam procedendi vſque ad mortem ex arbitrio. Ad hæc generaliter ſtatuendum eſt, non aliter iudici licere pœnam vſque ad mortem extendere, niſi crimen ſit tam atrox & enorme, vt pœ-

nam mortis mereatur, vel nisi pro simili delicto commisso solet in illo loco infligi & imponi pœna mortis. *arg. l. sunt quædam vers. hanc rem. ff. de extra. crimi.* cuius verba sunt. Hanc rem solent præsides grauiter exequi vsque ad pœnam capitis, quia & ipsa res mortem minatur. Hanc sententiam amplectuntur *Maran. in Speculo aureo. disp. 3. Gomez. in var. resol. c. 6. de iniuria. nu. 8. Fachin. lib. 9. contro. c. 45. Menoch. de arbitr. iud. lib. 1. quæst. 86. num. 20.* Dissentiunt *Felin. in c. inquisitionis. de accus. Alex. cons. 121. in fi. lib. 7. Gravetta cons. 120. nu. 14. & cons. 224. num. 2. Decius* sibi contrarium *in l. qui iurisdictioni. nu. 9. ff. de iurisd. Afflict. decis. 276. nu. 9.* qui negatiuam sententiam defendunt, quod iudex non possit in arbitrariis arbitrium suum extendere ad pœnam mortis naturalis: sed contraria sententia magis est communis.

ASSERTIO LXIX.

Furiosus de delicto ante furorem commisso puniri potest.

DISCEPTATVR à DD. An si quis tempore sanæ mentis homicidium vel aliud delictum commisit, & postea in furorem incidat, an durante furore possit condemnari pœnâ mortis vel alia corporali pœna. Et verior, legibusque magis consentanea est sententia, quod etiam in ipso furore puniri possit, neque superueniens furor adferat illi delicti impunitatem. Quæ sententia apertis textibus & iustissimis rationibus confirmatur: Primò pro hac parte est expressus textus *in l. Diuus Marcus. ff. de off. præsid.* cujus verba sunt hæc. *Si verò vt assolet, interuallis quibusdam sensu sanior est, & fortè eo momento scelus admiserit, morbo eius non est danda venia.* Secundò probatur hæc decisio ex eo, quia cessat omnis ratio defensionis & excusationis, cum tempore habili & sana mente præditus deliquerit. Tertiò confirmatur hac ratione, quia in pœnis delictorum semper attenditur, qualis conditio rei fuerit tempore admissi criminis, non verò, quæ conditio fuerit tempore dicendæ sententiæ. *l. 1. ff. de pœn. l. iniuriarum. 21. ff. de iniur.* Quartò comprobat hanc sententiam, quod iure decisum extat *in l. vlt. §. sed cum antiquitas. C. de curat. furios.* quod si filius commiserit aliquam causam ingratitudinis, & post tempus furere cœperit, nihilominus exhæredari potest, qui furiosus est, quia sanus deliquit. Hanc sententiam defendit *Gomez. lib. 3. vari. resol. c. 1. nu. 70. & 72.* præsertim in hoc casu, si delictum sit valdè enorme. Quo loco subiicit, quod ex ista causa Serenissima Regina

astellæ fecit puniri hominem furiosum, qui intulerat vulnus Serenissi-
o Regi Ferdinando marito suo. Attamen in contrariam partem, quam
otat magis esse communem postea inclinat. Hanc sententiam appro-
at *Vaudus lib.2. varia. quæst.c.7.* Dissentit *And.Gail.lib.2. Obs. c.110.* vbi tra-
it moribus nostris non obseruari, vt furiosus de delicto ante furorem
ommisso puniatur. Idque ea ratione, quia furiosus pro mortuo habetur.
onorum 24. ff. Rem.rat.hab. At mortuus non potest post mortem regulari-
r condemnari aut puniri. *l.defuncto. ff. de pub. iud.* Ergo nec furiosus post
urorem puniri potest, quia mortuo similis est.

Aduersatur huic decisioni *d.l.Diuus.ff.de off.præs.l.pœna.§.sanè.ff.Ad l.Pomp.*
parric. & l.infans.ff.Ad l.Corn.de sica. Quæ leges vnanimi consensu statuunt
iriosum ob commissa delicta puniendum non esse, tum quia fati infœli-
itas eum excusat, tum quod satis grauiter ipso furore punitur. *Resp.*
tæ leges ita demum furioso impunitatem delicti indulgent, si eo tem-
ore deliquit, cum furiis agitabatur, judiciique & voluntatis expers erat,
: consequenter talis, qui delinquere nullo modo potuit. Tunc enim
ati infœlicitas furiosum excusat, sicut infantem innocentia consilii. *d. l.*
fans.

Secundò opponitur *l.2.§.furiosus.ff.de iur.cod.l.vbi non voce.124. §.vlt.de R.I.*
bi traditur, quod furiosus habetur loco absentis, atqui absentes in cri-
inibus pœnâ mortis vel corporali condemnari non possunt. *l. absen-*
m.5.ff.de pœn. Ergo nec furiosi. *Resp.* Primò dicendum, quod fictè & in
ta significatione furiosus loco absentis habetur: deinde in iis demum
ctibus & negotiis furiosi loco absentium habentur, in quibus consensus
ecessariò requiritur, vt puta in contractibus, testamentis, delictis, quæ
uia non possunt iniri & committi nisi à consentientibus, & sano iudicio
ræditis, fit, vt in iis furiosi absentum loco habeantur. At verò, quia iu-
licia redduntur etiam in inuitum. *l.83. §.1.ff.de V.O.* hinc fit vt in iis furio-
us non habeatur pro absente, quando scilicet agitur & pronuntiatur de
lelictis, quæ reus ante furorem, tempore sanæ mentis commisit.

ASSERTIO LXX.

Pœna non est minuenda ob id, quod à longo tempore delictum perpetratum fuit.

NON debet aliquis pœnæ diminutionem vel alleuationem consequi, eò quod multum temporis à perpetrato crimine intercessit. Non enim longi temporis præscriptione impunitas criminum acquiritur, imò crimina quo diutius impuuita manserunt, grauius potius vlciscenda censentur. Sic enim ipse Deus cum humano genere agere solet. Lento namque gradu ad vindictam in hominum peccatis animaduertendis diuina procedit ira, sed tarditatem supplicij pœnæ grauitate compensat.

Obijcitur huic sententiæ *l. si diutino. ff. de pœn.* vbi traditur, quod si diutino tempore aliquis in reatu fuerit, aliquatenus pœna subleuanda erit. Vnde colligunt Accurs. Bart. & alii DD. minuendam esse pœnam ei qui crimen admisit, si longum tempus præterierit à perpetrato facinore. Resp. Ea non est sententia legis, quod criminis pœna sit subleuanda propter temporis diuturnitatem, sed quod reus qui longo tempore in reatu extitit, hoc est in tristi & sordido statu constitutus, quo solent accusati de crimine & in reos relati constitui, hoc mitius puniri debet. Reatus namque est habitus, qui tristem vultum ac vestitum reorum declarat, in quo sunt rei, donec absoluantur vel condemnentur. Solent enim inter reos relati in conspicuâ & miserandâ quadam calamitate constitui, vt scilicet squalore & illuvie confecti, promissâ barbâ, capillo intonso, habitu pannoso & sordido incederent, & sic misericordiam judicum aucuparentur. Hic habitus pannosus & demissus status nomine reatus, non verò ipsum crimen significatur: *l. vlt. ff. Ad l. Iul. Maiest. l. vlt. §. de illo. ff. de bon. eorum qui sibi mort.* Itaque *d. l. si diutino*, vult eum lenius puniendum, qui diutius in eo miserabili statu reatus fuit constitutus. Nam antiquis hæc diuturna & miseranda calamitas, pars pœnæ, nec injuria visa fuit. Ita respondet *Coras. lib. 2. Miscel. c. 20.* Vide latius de hac quæstione *Fachin. lib. 9. contro. c. 38.*

ASSERTIO LXXI.

Pœnæ capitalis appellatione vel mors vel deportatio continetur.

CApitalis pœna in jure dicitur, quando crimini vel pœna mortis naturalis, vel deportatio, quæ mors ciuilis dicitur, irrogatur. text. ſunt expreſſi *in l. ſed & ſi quis 4. in princ. ff. Si quis caut. l. edicto. §. rei capitalis. ff. de bon. poſſ. l. qui cum natu maior. 14. §. is demum ff. de bon. liber. l. 2. ff. de pub. iud. l. capitalium. 28. ff. de pœn.* Atque hæc eſt communis & recepta DD. opinio, teſte *Muſcorno in tracta. de iuriſd. num.* 88. Quæ ſententia præter allegatos locos etiam luce clarius probatur *in l. licet. 103. de V. S.* in quâ diſertè ſcribit in hæc verba Modeſtinus. Licet capitalis latinè loquentibus omnis cauſa exiſtimationis videatur, tamen appellatio capitalis, mortis vel amiſſionis ciuitatis eſt intelligenda.

Porrò ſunt interpretes qui diuerſam ſuſtinent ſententiam, & ſtatuunt pœnam capitalem de naturali morte tantum intelligendam eſſe. Vnde quoties judex pœnâ capitali reum damnauit, eum pœnâ mortis naturalis afficiendum eſſe defendunt. Quæ ſententia non eſt recipienda.

Adferuntur autem pro contraria opinione hæc argumenta. Primò adducitur *l. ſunt quædam. 9. ff. de extraord. crim.* vbi Vlpianus tradit pœna capitis eos eſſe puniendos, qui σκοπελίσμον committunt, quia & res ipſa mortem comminatur. Reſponſio ad hanc legem facilis eſt. Nam verba ipſa, quia & res ipſa mortem comminatur, ſatis nobis indicant, eum de morte naturali pœnam capitis eo in loco intelligere voluiſſe.

Secundò opponitur *l. qui cædem. 16. ff. Ad l. Corn. de ſica.* in qua dicitur, eos qui cædem admiſerunt, ſi in aliqua dignitate poſiti ſunt, deportari, ſi vero inferioris gradus ſint, capite puniri debere. Ibi pœna capitalis tantum de morte, non verò de deportatione accipitur. Reſp. Capitis pœna ſtrictè eo loco intelligenda eſt, quia ad deportationis differentiam appoſita eſt. Eodem modo ſolui poteſt, quod obijcitur ex *l. fin. ff. de incend. ruin. naufr.* vbi eorum pœnæ diſtinguuntur, qui conſultò incendium commiſerunt, & alii beſtijs obijciuntur, alij capite puniuntur, alij denique in inſulam deportantur. Poſtremò in contrarium adfertur hæc ratio. Verba, præſertim cum dubii ſumus, in propria atque naturali debent accipi ſignificatione. *l. fin. C. de iis qui ven. æta.* Sed capitalis pœna caput hominis propriè ſignificat, ergo de illo intelligere eſt neceſſe, ſcilicet de amiſſione capitis, ſeu morte naturali.

naturali. Resp. Regula illius legis locum non habet, cum de pœnis infligendis agitur, quia benignior semper in pœnis irrogandis accipienda est interpretatio. *l.penul. ff. de pœn.*

ASSERTIO LXXII.

Pœna non debet egredi delinquentem, sed suos debet tenere auctores.

REGVLA hæc & legibus ciuilibus, & diuinis præceptis confirmatur & stabilitur. Sic enim Deus expresse per Prophetam *Ieremiam cap.31. vers.27. & Ezechielem cap.18. vers.2. & 20.* sanciuit, quod anima quæ peccauit, ipsa morietur, & filius non portabit iniquitatem patris, & pater non portabit iniquitatem filij. Hoc enim & diuinæ & humanæ iustitiæ consentaneum est, ne quisquam pro alieno delicto grauetur, & pœnas luat. Vnde & *in l. sancimus. C. de pœn.* statuitur, ne pœna transferatur in alios adfines vel cognatos, sed teneat authorem peccati. Ibi namque debet residere pœna peccati, vbi noxa est, id est, vbi delictum est admissum, nec vlteriùs debet pœna progredi, quam delictum perpetratum reperitur. *Concord. l. crimen. 26. ff. de pœn.* vbi sancitur, quod crimen vel pœna paterna nullam maculam filio infligere potest.

Sed in hac quæstione pugnant duo loca sacræ scripturæ. Nam apud *Ezech. d.c.18.* statuitur. Filius non portabit iniquitatem patris, sed quisque in peccato suo morietur. Contrarium affirmatur. *Exodi 20. vers.5.* vbi Deus ait, se persecuturum iniquitatem patrum in filios in tertiam & quartam generationem. Resp. Hoc quomodo intelligendum sit, lex ipsa satis declarat. Nam additur odio habentes me. Verba textus quæ habentur *Ezech. cap.18.* hæc sunt. Ego sum Deus æmulator, reddens iniquitatem patrum in filios, in tertiam & quartam generationem, iis, qui oderunt me. Vnde apparet non alios filios portaturos esse peccata maiorum, nisi qui illorum fuerint similes. Nam si ab eorum prauitate discedant, illorum peccata non portabunt. Hinc Deus *Deuter. cap.24.* mandauit, ne filij pro parentibus occiderentur, aut parentes pro filiis. Vnde & pulchrè. Hieron. ait. Vindicat iniquitatem patrum in filios, non quod malos parentes habuerint, sed quod imitati sint patres. Tum enim filius portabit iniquitatem patris, quando ille itidem peccauit vt pater.

Secundò aduersatur locus *Iosuæ c.7.* vbi non tantum Achas fuit occisus propter anathema quod sustulerat, verum etiam vna cum eo & filii & filiæ,

liæ, & pecora. Resp. Hoc factum est singulari jussu Dei, nec legi in vniuersum latæ præjudicat. *Mart. lib. 2. loc. com. cap. 1. num. 35.*

Obijcitur etiam *l. quisquis. §. filii. C. Ad l. Iul. maiest.* vbi sancitur, quod filii eorum lesæ majestatis, h. e. quorum parentes contra Principem vel Remp. conspirarunt, graui pœnâ afficiuntur. Nam ex nullâ successione testati vel intestati possunt accipere aliqua bona, deinde perpetua infamia eos comitatur, neque ad vllos honores vel dignitates adspirare possunt. Resp. Singulari jure in filios reorum læsæ majestatis tam grauis & acerba pœna est statuta, partim quia in filiis, paterni, hoc est hereditarii criminis exempla metuuntur, partim verò vt alii hac grauitate pœnæ ab eo immani crimine, quod totum statum Reipub. vel ciuitatis euertit, deterreantur.

ASSERTIO LXXIII.

Ab interlocutoriâ sententiâ non appellatur.

TRADITVR passim in jure pro regula generali, quod ab interlocutoria sententia non appellatur, sed demum à definitiua, quæ decisio probatur *in l. ante sententiæ. C. Quorum appellat. non recip. l. eos. §. super. C. de appel. l. vlt. C. de senten. l. liberis. 7. in fin. ff. de liberal. caus. l. apertissimi. C. de iudic.* Porrò in hac quæstione differentia obseruanda est inter jus ciuile & Canonicum, nam jure ciuili non appellatur ab interlocutoria. Jure Canonico verò non solum ab interlocutoria sententia, sed à quolibet grauamine licet appellare. *cap. super eo. 2. ext. de appel. c. 1. c. cum Romana. 3. de appel. in 6.*

Huic decisioni primò repugnat *l. 2. ff. de appel. recip.* vbi traditur, quod quoties judex in ciuili negotio decreuit quæstiones seu tormenta adhibenda, vel in criminali causa contra leges hoc statuerit, tunc appellari posse etiam ante sententiam. Similiter obstat *l. arbitro ff. Qui satisd. cog.* vbi si per judicem interlocutum est, fideiussores à litigantibus datos esse idoneos, vel non, ab ea sententia appellatur. Resp. Quoties grauamen illatum per sententiam interlocutoriam non potest reparari per definitiuam, tunc permissa est apellatio ab interlocutoria, vt in prædictis casibus accidit: si verò potest reparari, est illicita appellatio.

Secundò obijcitur *l. intra vtile. 39. ff. de minorib.* vbi cum minor petiisset restitutionem in integrum, & probasset ætatem minorennem, judexque eum pronuntiasset esse minorem, ab hac interlocutoria licet appellare. Resp. sub distinctione. Aut talis est interlocutoria sententia, quæ perimit totum negotium, & tunc licet ab ea appellare, vt contigit *in d. l. intra vtile. & ibi Costal.* Aut interlocutoria sententia totum negotiũ non perimit, & tunc

non poterit ab ea appellari. tex. *in d.l. ante sententiæ. C. Quor. appel. non recip.* & ibi pulchrè notat additio ad glossam. *l.2. C. de epis. audien.* Ita respondet *Bart. ad l.2. num.1. ff. de appel. recip.* Ita decidit quoque *Minsing. cent.3. Obs.35.* vbi notat quod quando interlocutoria sententia perimit totum negotium, tunc ab ea potest appellari. per *l. ait Prætor. 7. § per mittitur. ff. de mino.* vt puta quando judex pronuntiat vt debitores minorum soluant eis sine curatoribus, vel quando iudex pronuntiat se esse competentem iudicem, vel non, vel denique quando per sententiam interlocutoriam quis absoluitur ab obseruatione iudicii.

ASSERTIO LXXIV.

In criminalibus causis etiam admittitur appellatio.

PROPOSITIO hæc manifestè probatur *in l. eos. 6. l. addictos 29. C. de appel. l. addictos. 7. in fin. C. de epis. audien. l. non tantum. 6. ff. de appell.* Porrò manifestè conuictus & confessus de crimine non appellat, at confessus in criminali causa tantum, regulariter appellat. Idem est, si non sponte sit confessus, sed metu tormentorum ? tunc enim quoque appellari potest. *l.2. C. Quor. appel. non recip.*

Opponitur primò *l. constitutionibus. 6. ff. de appellat.* vbi dicitur latrones, seditionum concitatores, & factionum duces non posse appellare. Resp. Ideò hi non appellant, quia interest Reipub. propter atrocitatem criminum, hos sine mora & statim puniri, ne suis factionibus & conspirationibus Rempub. opprimant. Sic ob similem causam raptores virginum & matronarum non appellant. *l. vnic. in fin. princ. C. de rapt. virg.* Item falsi monetarii *l.1. in princ. C. de fals. mone.* De generali tamen consuetudine Germaniæ in criminalibus causis non admittitur appellatio, vt notat *Wesenb. in paratit. de appell. recip. Ord. Cam. par.2. tit.28. §. Item nach dem auch.*

Secundò opponitur *l. si qua pœna 244. ff. de V.S.* vbi traditur, quod à pœnis non admittitur prouocatio: simul atque enim quis de aliquo crimine conuictus est, statim eius maleficii pœna, quæ à lege statuta est, debetur. Itaque si quis à pœna à legibus pro crimine statuta appellaret, videtur de iniquitate legum conqueri, quod non est admittendum. Resp. Hodiè pœnæ delictorum certò non sunt amplius legibus definitæ, sed potius consistunt in arbitrio & potestate iudicis, qui potest eas pro delicti qualitate & circumstantiis extra ordinem augere vel minuere. *l. hodiè 13 ff. de pœn.* Ideòque hodiè etiam in criminalibus causis seu pœnis delictorum admittitur de iure scripto appellatio. Ita tradit *Cuiat. lib. Obs. 8. c. 33.*

ASSER-

ASSERTIO LXXV.

Bella iure Diuino inter Christianos licita sunt.

QUOD sacris literis bella etiam Christianis permissa sint, variis & diuersis sacræ scripturæ locis demonstrari potest, sed ex multis tantum sufficiat hos tres adduxisse. Primò probatur hæc sententia ex *Luca cap.3.* vbi cum milites à Johanne Baptista consilium salutis expetiissent, responsum iis est, vt neminem concuterent, nemini iniuriam facerent, sed propriis stipendiis contenti essent. Si Christiana disciplina omnia bella damnaret, hoc potius consilium dedisset militibus salutis viam petentibus vt arma abijcerent, seque militiæ subducerent. Certè quibus proprium stipendium sufficere præcepit, militare vtique non prohibuit. Ita eruditè scriptum reliquit *D. Augustin. epist.5. ad Marcellin.* Secundò pro defensione hujus sententiæ ad fertur locus ex *2. Samuel. cap.10.* vbi Joab tribunus militum populi Israelitici, & si euentum prælii in manu arbitrioque Dei esse agnoscit, non tamen inertiæ se dedit, sed aciem instruxit contra hostes, & quod sui officii erat, sedulò executus est, Domino autem permittit euentum moderari. Vnde sic proloquitur. Stabimus fortes pro gente nostra, & vrbibus Dei nostri, Dominus autem faciat, quod videtur bonum in oculis ipsius. Tertiò *Deuter.20, cap.* à Moyse militares leges præscribuntur in pugnis & obsidionibus. Nam conceditur Judæis, quibuscunque Populis, qui se in deditionem eorum dedissent, tributum imponere, eos verò quos obsidione caperent, gladio ferire & prædari. Quod tamen ita intelligendum esse constat, si belli inferendi justæ & probabiles causæ extitissent. Denique bellum etiam iustè & licitè ex ordinatione mandatoque Dei geri posse, patet ex definitione belli, quæ ita rectè traditur, quod bellum est dissensio hostilis, qua edicto Principis vi & armis scelera coërcentur, vt homines pacatè & tranquillè ex iustitia & pietate viuere possint. Bellum igitur, quod edicto Princips in eum finem indicitur, vt iustè pièque viuatur, iustum & licitum est. Hinc *Augustin. quæst.10. in Iosue* ait, ius esse petere bello gentem aliquam quæ neglexit corrigere id, quod turpiter est admissum, & addit belli causam iustam esse, si ablata per iniuriam non reddantur. Idem recitatur *in c. dominus 23. qu.2.* *Isidorus* quoque *lib.17. cap.1.* ait. Bellum rectè suscipi, vel de rebus repetendis, vel propulsandis iniuriis.

Contra hanc sententiam insurgunt Anabaptistæ; & prætendunt omninò non licere bellum gerere, & in eam rem proferunt argumenta quædam ex sacris literis, quæ ordine refutabo.

Primò obijciunt hoc modo. Bella ſuſcipiuntur ad vindicandas injurias: ſed non licet nobis injurias vindicare, ergo nec bellum gerere. Aſſumtionem probant. ex. *cap. 5. Matthæi*, vbi Chriſtus inquit, Si quis tibi impegerit alapam in maxillam dextram, porrige illi & ſiniſtram, ſi quis tibi tunicam eripuerit, dato illi & pallium, & poſtremò concludit. Nolite reſiſtere malo. Item Chriſtus Petro reſpondit, *Matth. 26.* Qui gladio ferit, gladio peribit. Reſp. Hiſce teſtimoniis & præceptis Chriſtus eripit priuatis hominibus ſtudium vindictæ, non verò magiſtratum exarmat, cui gladium dedit ad vindictam nocentium & laudem rectè agentium. *Rom. 14. verſ. 4. 1. Petr. 2. 14.* Itaque in prædictis locis Chriſtus inſtituit Apoſtolos, quos non erat facturus magiſtratus, ſed miſſurus in orbem terrarum, tanquam agnos inter lupos: proinde docet, quid illos oporteat expectare, quod videlicet omnes qui in Chriſto piè viuere volunt, perſecutionem pati cogantur. *2. Timo. 3.* Magiſtratui autem commendat gladiũ ad vindictam malorum, *Rom. 13.* Quod autem Chriſtus Petro dixit, Reconde gladium, qui gladio ferit, gladio peribit, juſta de cauſa reſpondit, nam Petrus priuatus erat, & malo ſpiritu mouebatur. Adhæc Petrus erat conſtitutus à Deo paſtor animarum, & præco Euangelij. Vnde non debuit priuatæ vindictæ gratia gladium ſtringere.

Secundò in contrarium adducitur locus ex *Matthæo cap. 7.* vbi Chriſtus inquit, Nolite iudicare, & non judicabimini. At ille qui alteri bellum infert, eum contra quem pugnat, judicat, & vſurpat ſibi munus & auctoritatem Dei, & judicat alienum ſeruum. Reſp. Chriſtus ibi non ſuſtulit omne genus iudicii, ſed illos reprehendit, qui aliorum errata tantum obſeruant & diuulgant, non vt eos emendent, ſed potius vt traducant & maledictis inſectentur. Hoc quoniam ex odio, inuidia & ſuperbia naſcitur, Chriſtus taxat. Idque Chriſtum ſenſiſſe ex ſequentibus apparet: dum inquit. Eiice prius trabem ex oculo tuo, vt videre poſſis & tollere feſtucam ex oculo fratris tui. Nam alias aperta delicta, vt furta homicidia & adulteria, ſi modo abſit amarulentia & excandeſcentia, licet nobis condemnare, quia Deus ipſe ea condemnat.

Tertiò adfertur locus *Pauli 1. ad Corinth. cap. 6.* vbi ait Apoſtolus, Jam igitur omninò impotentia in vobis eſt, quod iudicia habetis inter voſmet ipſos: quin potius damnum accipitis, quin potius iniuriam patimini: quod ſi non licet litigare, multò minus licet bellum gerere. Reſpond. Paulus non tollit omnia iudicia, ſed tantum ea quæ exercebantur à Chriſtianis apud tribunalia Ethnicorum magiſtratuum. Sed inſtatur contra reſponſionem. Imò Paulus prorſus à iudiciis homines reuocat, dum inquit, Cur non potius damnum ſuſtinetis, cur non potius iniuriam accipitis. Reſp.

Vult

Vult Apoſtolus, vt odium tantum & acerbitatem inimicitiarum, quæ in exercendis litibus interuenire ſolent, deponant litigantes. Alioqui, quod litigare liceat, apparet ſatis ex eodem Pauli loco. Is enim monet tenuiores homines in eccleſia deligendos, qui cognoſcant fratrum cauſas.

Quartò depromunt aduerſarii pro ſua ſententia locum *Ioan. cap. 14.* vbi Chriſtus inquit, pacem meam do vobis. Item citant locum P*auli ad Romanos 12.* Cum omnibus hominibus pacem habete. Si Chriſtus nobis pacem ſuam reliquit, ergo non licet bellum gerere. Reſp. Chriſtus ibi per pacem intelligit pacem conſcientiæ: Hanc Chriſtus nobis pretioſa ſua morte & reſurrectione peperit: præterea mandauit etiam pacem hominibus inter ſe colendam, ſed hæc nihil pertinent ad magiſtratum, vel gladium illi à Deo commiſſum.

Quintò adducitur locus ex *Eſaia cap. 2. & Mich. 4.* vbi Prophetæ aiunt lanceas conuertendas eſſe in vomeres, & gladios in ligones. Reſp. Iſtis verbis denuntiant Prophetæ ſummam pacem & tranquillitatem inter homines, cuius fœlicitatis habemus quidem in hac vita inchoationem quandam, ſed complementum in vita æterna ſentiemus. Et quidem ſi homines viuerent, vt Chtiſtianos decet, nihil opus eſſet gladio, vel armis neque bella vnquam inter homines excitarentur, ſi prout deberent homines, Chriſtum piè ſanctèque colerent.

Sextò & vltimò arguitur in contrarium, quod bella noſtra ſpiritualia tantum eſſe debent, ideo P*aulus ad Epheſ. 6.* inſtruit nos armatura Dei. Item Paulus *2. ad Cor. c. 10.* inquit, Arma noſtræ militiæ ſunt ſpiritualia, quia non eſt nobis dimicatio aduerſus carnem & ſanguinem, ſed aduerſus cœleſtes nequitias. Reſp. Verum eſt, quod arma noſtra ſunt ſpiritualia, quatenus Chriſtiani ſumus, ſed quatenus homines ſumus, noluit Apoſtolus arma eripere magiſtratui. Quod autem ſubnectit Apoſtolus non eſſe nobis luctam aduerſus carnem & ſanguinem, hoc non abſolutè, ſed ex collatione accipiendum eſt, quod ſcilicet hæc lucta cum carne & ſanguine nulla ſit, ſi cum altera illa ſpirituali conferatur. Plura de hoc argumento ſolidè & doctè tractat *Mart. in loc. com. claſſ. 4. cap. 16. & libro 2. Regum. cap. 2.* ex quo plurima me mutatum eſſe ingenuè profiteor.

ASSERTIO LXXVI.

Duella iure Diuino & humano sunt prohibata.

DVELLVM est pugna duorum, suscepta ex pacto & mutuâ voluntate alterum occidendi, siue priuato consilio, siue publico permissu. Hæc duella primo iure Romano sunt prohibita, idque probatur per *l.vnic. C.de gladiato. lib.11.* vbi Imper. planè prohibet, ne cruenta spectacula in otiis & quiete exerceantur, ideòque gladiatores omninò à Repub. excludit. Idem statuitur *in l.unic.C.Vt armo.vsus insc. Princip.sit interd.* vbi seuerè Imperator armorum portandorum siue mouendorum copiam, sine Principis veniâ interdicit. Idem statuit Imper. *in No.85. de armis.* Fac. *l. in arenam* *x1.C. de inoff. test.* vbi prohibetur ne quis in arenam sponte prodire possit, vt cum aliquo pugnet, aut armis decertet. Ad hæc Iure Canonico in totum quoque duella districtè sunt interdicta. per *cap.1.2. & vlt. ext. de purg. vulg.* vbi planè duella inter Christianos prohibentur propter duas rationes: prima est, quia per ea sæpe innocentes & absoluendi condemnantur. Vincit enim in duellis plerumque non justior, sed robustior, & exercitatior. Secunda est, quia cum huiusmodi probatio & diiudicatio causæ per duella sit dubia & fallax, per ea Deus tentari censetur, quia committitur salus publica vel priuata fortuito euentui pugnæ. *c.monomarchiam 2.q.4.& ibi Glossa.*

Sed opponitur huic decisioni locus 1. *Samuel.cap.17.* vbi sanctus & pius rex & propheta Dauid prouocauit Goliath ad duellum. Quod factum scriptura non improbat, sed prorsus commendat: testatur enim dicto loco Samuel, quod Dauid abstulit probrum ab Israële, & vindicauit præputiatum Philisteum, qui probro affecerat acies Dei viuentis. Resp. Dauid hoc fecit singulari reuelatione Spiritus sancti, & ex instinctu Prophetico. Igitur hoc singulare factum Dauidis non est imitandum, neque in exemplum trahendum.

Secundò arguitur in contrarium hoc modo. Sortes sunt licitæ, in quibus euentus causæ seu negotij committitur fortunæ. Ergo etiam permissum est calumnias & odia aduersariorum finire per euentum ancipitis pugnæ in duello. Resp. Hæc sunt valde dissimilia: primò quia in sorte non est periculum cædis, secundò non adhibetur sors in veritatis inquisitione, sed in diuisione rerum.

Tertiò opponitur. Jonas fuit ejectus ex naui ad euitandum naufragium ex judicio sortis. Ergo etiam de innocentiâ & vitâ hominis statuere licet

ex euentu

ex euentu fortuito. Resp. Hæc sortitio & ejectio Jonæ fuit facta ex singulari instinctu diuino, & tamen cum formidine, ideoque non sine peccato nautarum est commissa.

Quartò aduersatur hoc argumentum. Prælio rectè licet decernere, vbi jure res non potest expediri. Ergo & monomachia. Resp. Negatur consequentia propter dissimilitudinem. Nam in bello totis viribus defenditur justitia, at in monomachiâ temerario fortunæ euentui causa committitur. Ita eleganter tradit *Vrsinus in exercitat. Theolog. quæst.* 11.

Quintò opponitur *l.7. §. si quis in colluctatione. ff. ad l. Aquil.* vbi traditur, quod si quis in colluctatione aliquem occîdit, non tenetur lege Aquilia. Resp. Ille §. loquitur de colluctatione facta in certamine publico, puta inter hostes, vel à Principe inter priuatos virtutis causa concesso, eo casu permittitur duellum. Jure tamen Canonico istæ concertationes virtutis causa interdictæ sunt. *c.1. & 2. ex de torneament.* Alciatus aliter in libro de singulari certamine respondet, ideò colluctationes esse permissas, quia vix in eo ludo quisquam occîdi poterat. Non enim armis aut fustibus, sed pugnis, calcibus, cubitis, nudi & in cœno vel arena se volutantes & inuicem supplantantes certabant.

Vltimò obijcitur ex jure feudorum. *c. de pace tenend. & ejus violat. §. si quis hominem*, vbi Jmp. Fridericus permittit, vt si quis homicidij ab aliquo accusetur, & si se innocentem asserat, possit se duello purgare. Resp. Eo tantum singulari casu permisit Jmp. duellum, quando quis non voluntariè sed casualiter, & ad vitæ suæ defensionem cœdem admisit, videlicet si ab altero prouocatus ad pugnam, vitam suam defendit duello, & ita ad sui defensionem tantum duellum conceditur. Quod cunque enim quis ob tutelam sui corporis fecit, id jure fecisse existimandus est, *l. vt vim. ff. de iust. & iur. l.1. C. Vnde vi. Iaco. de Belvizo ad d. §. si quis hominem.* Itaque cum hoc singulari casu tantum pro innocentiæ suæ probatione, & in casu necessariæ defensionis admittatur duellum, in contrarium obtinet jus commune, quo omni jure tam diuino quam humano duella sunt prohibita, & ne quidem à magistratu concedi debent, quia injustæ cædes innocentum ex duello oriuntur, quas magistratus præcauere & auertere debet. Vide latius de hac quęstione disputantem *Martyrem, in loc. commun. clas. 4. cap. 18. De singulari certamine seu duello, & lib. 1. Samuel. cap. 17. Bodin. lib. 4. de Repub. cap. vlt.* vbi notat quod Henricus II. Rex Galliæ, qui monomachiam decretam, magno illustrium virorum concursu terminari non sine acerbissimo dolore viderat, lege perpetua in posterum controuersias duello dirimi vetuit Anno 1584. additque ibi, Bodinus quod legibus Hispanorum duelli nulla iusta causa probatur.

ASSER-

ASSERTIO LXXVII.

Quælibet ciuitates tempore necessitatis subditis suis collectas imponere possunt.

VNAQVÆQVE ciuitas, vniuersitas, collegium, licet non habeat regalia, tamen tempore necessitatis ciuibus suis collectas imponere potest. Nam hoc non est de regalibus. Probatur hoc per *l.1.§.quod si nemo.ff. Quod cui vni. no.* vbi dicitur, vniuersitatem, societatem, collegium arcam communem habere posse. Similiter *in l. omnes. C. de oper. publ. Impp.* rescripserunt, incolas ciuitatum nouos muros debere facere, & veters firmius renouare, impendijs ad hoc ordinandis: hoc est collectis imponendis: vt *Bart.* interpretatur *in l.1. C. de mulier. & in quo loco lib.*10. Idem probat *Gloss. in d.l.1 §.quod si nemo, in verb. proconsul.* vbi inquit, Si nihil ciuitates habent commune, coguntur facere collectam, vt aliquid commune habeant. Idem tradit *Gloss. in No. quib. mod. nat. eff. sui. §. si quis igitur. in verb. persoluit.* Nota ait, quod villæ & castra sub ciuitate collectas facere possunt. Quod & disertè confirmat *Bart. in l. placet. nu.13. C. de SS. eccles.* dum inquit, Ciuitates quæ merum imperium præscripserunt, collectas imponere possunt. Idem *Bart. in l. vnic. num.2. C. de superindicto. lib.*10. Ciuitas inquit, pro necessitate imponere collectas potest, & cogitur. Eandem sententiam amplectuntur *Bald. Iason. Angel. Alex. Costal. in l.1. ff. Quod cui vni. no.* vbi Angelus refert se hanc quæstionem Paduæ de facto habuisse & obtinuisse, quod villæ & ciuitates pro suis necessitatibus collectam indicere possunt. Sequuntur multi alij pragmatici relati *à Borcholt. ad. c. vnic. Quæ sint regal. num.* 53. *&* 54. *in vsibus feudorum.* Sic vniuersitas potest imponere collectas pro dissoluendis debitis expediendis, litium impensis, & alijs similibus rebus. Similiter pro refectione & munitione viarum publicarum ciuitatis ciuibus collectæ imponi possunt, pro quantitate patrimonii. *Bart. in l.2. nu.3. C. de immunit. nemini conced. lib.*10.

Aliis interpretibus contraria sententia placuit, quod scilicet ciuitates jus imponendi collectas non habeant. Ita statuit *Alberic. in rubr. de mun. & honor. num.56. Iacobin. de S. Georg. in feud. super verb. cum mero mixtoq; imperio. nu.16.* Qui suam sententiam comprobant hoc argumento, quod impositiones collectarum sint de regalibus, ideoque soli Principi competant. per *c. vnic. in verbo vectigalia. In vsibus feud.* Verum contraria sententia & verior est, & legibus magis consentanea, pluribusque DD. auctoritatibus confirmatur.

Nec

Nec obstat, quod impositio collectarum videatur esse de regalibus, ideoque solis Principibus non recognoscentibus superiorem, & Imperatori eas indicendi potestas videtur concessa. Nam quoties indicuntur collectæ extra casum necessitatis pro vtilitate publicâ, veluti vt donetur aliquid Principi in ejus nouo aduentu, vel ut noua aliqua domus pro ciuitate extruatur, tunc impositio collectarum est de regalibus, & soli Principi hos jus reseruatum est. Cum autem necessitatis causa collectæ imponuntur, tunc non pertinent ad regalia, & possunt imponi atque constitui à ciuitatibus absque Principis consensu. Ita vnanimi consensu receptum est DD. referente *Guidone Papa in decisionib. Gratiano politanis. quæst. 87.* vt testatur *Borcholt d. loco.*

Non obstat *l. vnic. C. de super indicto. lib. 10.* quæ videtur velle, quod nemo possit collectas imponere nisi solus Jmperator, aut nisi fiat cum consensu Imp. vel Principis. Nam ille text. intelligi debet de collectis imponendis in toto imperio, & pro necessitate seu vtilitate publica totius imperii, sed pro necessitate vnius prouinciæ vel ciuitatis potest etiam ipsa ciuitas imponere collectas. *Borcholt. d. loc. num. 54.*

Denique notandum, quod solus princeps vel Imp. Romanus vectigalia imponit. *l. eum qui. 16. l. inter publica, 17. §. 1. de V. S. l. 3. C. No. vect. inst. non pos.* A ciuitatibus autem, præside vel curia constitui non possunt, *l. 2. C. No. vect. inst. non pos. l. vectigalia. 10. ff. de publ. vect.* Hinc etiam rectè vectigalia seu telonia inter regalia computantur. *c. vnic. Quæ sint regal. In vsib. feud.* Ideoque vectigalia sine permissu Jmperatoris imposita, licita vectigalia non sunt, etsi decreto ciuitatum, vel à Præside aut curiâ instituta fuerint. *d. l. 2. C. No. vect. inst. l. 10. ff. de publ. & vectig.* vt tale vectigal non modò impunè fraudari possit. *Borcholt. d. loc. num. 47. Mins. cent. 5. obs. 29.* sed etiam illud constituentes sine permissu Imperatoris. l. Julia de ambitu & l. Julia de vi publicâ teneantur. *l. vnic. ff. Ad l. Iul. amb. l. vlt. ff. Ad l. Iul. de vi publ. Borcholt. d. loco.*

ASSERTIO LXXVIII.

Ecclesiarum ministri ab ordinariis tributis & oneribus publicis non sunt immunes.

PERSONÆ ecclesiasticæ, vt sunt Clerici & ecclesiarum ministri, ab ordinariis tributis functionibus non sunt immunes, sed eas collationes seu contributiones non minus quam aliæ seculares personæ

præstare tenentur. Ita statuunt Impp. Honorius & Theodosius *in l.placet 5.in verb. nihil præter canonicam illationem eis ingeratur. l. iubemus. 10.& l. seq. C. d sacr. eccles.* Idem sanciuit Imper. Constantinus *in l.3. C.de episco. & cleric.* Ab extraordinariis verò muneribus & collationibus ecclesiastici sunt immunes, vt ab onere suscipiendi hospites seu milites, & aliis similibus *l.1.C. de episc. & cleri.* Ordinaria tributa sunt, quæ habent certam annuam vel similem præstationem, & sunt imposita per constitutionem superioris. *Bart.ad l.placet.5.num.13. C.de SS.eccles.* Talia sunt tributa quæ imponuntur prædiis & possessionibus. Item vectigalia quæ indicuntur mercibus, sunt ordinaria onera & realia tributa *l.Imperatores.ff.de publ.& vect.* Extrordinaria tributa sunt, quæ non sunt imposita per constitutionem Principis, vel legem scriptam, sed per motum superioris indicuntur, neque habent certam formam *l.1.C.de vacat.publ.mun.lib.10.Bart.d.loco.* Confirmat hoc eleganter *Ambros.in 5.cap. Lucæ. lib.4.c.pen.* his verbis, Si tributum petit Imp. non negamus, agri ecclesiæ tributa soluunt. Si enim censum Filius Dei soluit, quis tu tantus es qui non putas soluendum. *Lucæ 17.*

Opponitur *Auth.Item nulla communitas.C.de episc.& cler.* vbi Imp. Fredericus sub graui pœnâ, videlicet restitutione tripli interdicit, ne ecclesiasticis personis vllæ exactiones vel collectæ indici possint. Resp. *Bart.ad d.l.placet.num.35.* quod ecclesiastici siue clerici teneantur ad ordinaria & certa munera seu tributa, quæ ipsis rebus seu possessionibus indicuntur, sed ad extraordinaria indicta tributa, sicut aduenæ, seu peregrini, ita nec clerici tenentur. *d. l. placet. in verb. nihil extraordinarium hinc flagitetur C. de SS. eccles. l. jubemus 10. & l. neminem 11. C.eod.d.l.1.C.de episcop.& cler.* Ratio diuersitatis est, quia ordinaria munera, vt sunt tributa agrorum, item collationes ad sternendas vias publicas, & pontes reficiendos, ipsis possessionibus & fundis, item vectigalia mercium rebus ipsis & mercibus imponuntur, at verò extraordinariæ contributiones indicuntur ipsis personis. Quia verò Clerici non subjacent jurisdictioni sæcularium Principum, puta Regum, Ducum, Comitum, & liberarum ciuitatum, à quibus solis imponuntur huiusmodi tributa & collectæ, ab his oneribus clerici sunt immunes. Ab ordinariis verò tributis & vectigalibus, quæ non personis sed possessionibus agris, & ædificiis, item mercibus imponuntur *d. l. Imperatores.ff. de publ. & vect.l.1. C.de indiction.lib.10.* ecclesiastici non habent immunitatem. *Bart. ad d.l.placet. nu.32.* Probatur hęc distinctio aperto textu, *in l.vlt.§.patrimoniorũ.ff.de mun. & hon.* vbi IC. Arcadius ait. Nã onera, quæ patrimoniis, possessionibus, & prædijs indicuntur, veluti agminales equi, & mulæ, angariæ atque veredi, quæ obsequia, qui neque municipes, neque incolæ sunt, agnoscere tenentur, si habet bona, vbi petuntur, &, abs hujusmodi muneribus, neq; primi

pilaris,

pilaris, neque veteranus, aut miles, aut Pontifex excusatur. vbi *Gl. in verb. Pontifex notat.* Ergo neque ecclesia, neque clericus immunes sunt ab his oneribus & collectis patrimonialibus, quia vt prædia possideant, à lege humana est, sed quod pro ea ius primitiarum & decimationis habent, hoc est à lege Dei, & ideò pro suo Episcopo propriè Principi subsit.

Secundò obijcitur locus sacræ scripturæ, *Esdræ cap. 7. vers. 24.* vbi Artaxerxes Rex legem sanciuit, & statuit, ne vllis sacerdotibus Levitis & ministris domus Dei canonem aut vectigal liceat imponere. Resp. Exemplum hoc Artaxerxis non est lex, sed singulare quoddam priuilegium, quod isto tempore tantum Rex concessit Israelitis, vt facilius templum Jerosolymitanum ædificate possent, & in eo officium diuinum præstare. Ita respondet *Vrsinus lib. 2. exercitat. Theolog. quæst. 70.* vbi decîdit, quod si immunes sint ministri ecclesiarum certis in locis à tributis pendendis, beneficio magistratuum, debere eos vti ista commoditate grato animo, sin minus, non debere eos propterea contendere. Aliter ad prædictum locum Esdræ respondet *Martyr lib. 4. locor. Commu. cap. 2.* videlicet quod ideò mandauerit Artaxerxes ne sacerdotibus tributa imponerentur, quia illi agros non possidebant inter filios Israël, sed tantum viuebant ex sacrificiis, oblationibus, & decimis. Vide *Martyrem libro 4. locor. com. cap. 13. nu. 23. 24. & seqq. & Nicol. Euer. in loc. legal.* in loco à verisimili, vbi egregiè defendit clericos & ecclesias ab ordinariis tributis & vectigalibus principum non esse immunes.

ASSERTIO LXXIX.

Absens ex pollicitatione non obligatur.

ETIAMSI pollicitatio Reipub. fiat ex justa causa, vt oportet, tamen hoc non sufficit, vt producatur obligatio efficax, nisi fiat etiam promissio apud Rempub. vel præsentibus Reipub. curatoribus aut administratoribus *l. 9. ff. de pollicitat.* Non enim valet pollicitatio, quæ ab absente fit per epistolam *l. 5. ff. eodem*, sicut nec stipulatio contrahitur inter absentes per nuntium vel epistolam. *l. 1. in princ. ff. de V. O.*

Sed aduersatur huic decisioni *l. 2. ff. de pact.* vbi traditur, quod pactum rectè fit per epistolam, quam absens absenti mittit. Resp. In hoc casu differt pollicitatio à pacto, quia pacta legitimè inter absentes concipiuntur, pollicitatio non item. Hoc manifestè probatur ex definitione pollicitationis, quæ traditur *in l. 3. ff. de pollicitation.* quod scilicet pollicitatio sit offerentis promissum. Verbum offerre satis indicat, requiri præsentiam vtriusque partis. Nec enim absens absenti rectè dicitur offerre, sed præsens

præſenti tantùm, aut verbotenus, aut cautione interpoſita ex ſcripto per epiſtolam. *l. de die 25. in princ. ff. depoſ.* Ita eleganter docet *Cuiac. lib. obſ. 26. cap. 19.*

ASSERTIO LXXX.

Fabuloſa donatio Imp. Conſtantini Magni, quâ Pontifici Syluestro vrbem Romam, cæteraſque Italiæ prouincias falsô donaſſe fertur, iure non fuit licita.

QUOD donatio Conſtantini Magni, quâ Pontifices Romani ſuam dominationem & imperium ſtabilire nituntur, & falsò jactitant, quod Jmp. Conſtantinus Magnus Sylueſtro Pontifici, vrbem Romam cæteraſque Italiæ vrbes & prouincias donauerit, prout habetur *in c. Conſtantinus. diſt. 96.* ficta ementita & fabuloſa ſit, abundè & copiosè ſcriptis ſuis demonſtrant *Nicolaus Cuſanus, Laurentius Valla, Volaterranus, & Æneas Syluius,* aliique eruditi & fide digni authores, qui tamen alioqui Pontificiæ ſedis ſtrenui antiſtites & patroni extiterunt. Ita poſt alios nouiſſimè eleganter & dilucidè tradit *Balæus in tractatu de illuſtribus viris Angliæ.*

Præterea quod prædicta donatio nec de facto vnquam proceſſit, nec de jure diuino aut humano ſubſiſtere potuit, hiſce decem ſolidis & firmis argumentis comprobatur.

Primò quod hæc donatio fabuloſa & notha ſit, id ex ipſa inſcriptione Canonis liquidò apparet: Nam prædictum *cap. Conſtantinus,* inſcribitur palea à Compilatore Decretorum, quo apertè innuitur, quod ſuppoſititius & adulterinus ſit hic Canon, ut pote qui inter paleas iuris Canonici habeatur, & propterea fidem non meretur, neque in ſcholis vt ibidem Glo. notat, eſt legendus, cum non ſit locus authenticus, ſed inter paleas & zizania ab ipſis Canoniſtis referatur. Licet illa palea multum grani attulerit eccleſijs, ex quo in immenſum eorum opes creuerunt. Confirmat hoc euidenter *Platina in vitis Pontificum, in vita Ioan. ſeptimi.* hiſce verbis. De donatione Conſtantini nihil certi habetur, paleamque iuris Pontificij periti appellant, quod ſine ſtumento ſit, quomodo de confirmatione conſtabit.

Secundò falſitas huius donationis inde apparet, quod optimi & fide digniſſimi authores ejus donationis à Conſtantino factæ non meminerunt.

Tertiò

Tertiò confirmatur hæc ſententia ex eo, quod *Euſebius* diſertè ſcribit *lib.4.* *e vitâ Conſtantini Magni c.51.* quod Jmp. Conſtantinus Magnus vniuerſum mperium ſuum, quod ſe ad extremas mundi partes extendebat, inter tres ios filios Conſtantium, & Conſtantinum & Conſtantem ita diuiſerit, vt uita regna maiori natu filio, deinde Orientis partes huic ætate proximo, uod verò inter hæc medium interiacebat, tertio filio tribuerit. Ergo nihil ontifici Romano relictum eſt.

Quartò comprobatur hæc deciſio ex eo, quod traditur à Pontificibus i *d. c. Conſtantinus*, quod Jmp. Conſtantinus tribuerit Syluestro ſuper uatuor ſedes, Alexandrinam. Antiochenam, Conſtantinopolitanam, & Hieroſolymitanam principatum, & denique ſuper omnes in vniuerſo or-e terrarum Eccleſias Dei. Atqui Conſtantinopolitana ciuitas tunc emporis nondum erat extructa, ſed à Conſtantino primum fuit exædi-icata.

Quintò refutatur ſolidè hæc donatio, & dominatio in omnes Eccle-ias orbis, Pontifici collata, hoc argumento, quia vſurpatio huius præ-minentiæ & dominationis in vniuerſas eccleſias, certa & infallibilis no-a eſt Antichriſti. Sic enim ipſe Pont. Gregorius Magnus *lib.4. epiſtolarum,* *piſt.32.34.36. & 38. & lib.7. epiſt.30.* ſcriptum reliquit, quod vniuerſalis Epiſ-copi nomen ſoli & vni Antichriſti præcurſori conueniat. Hoc autem no-men vniuerſalis Epiſcopi, & capitis Eccleſiæ, primus Bonifacius quartus, b impuriſſimo Jmp. Phoca circiter Annum Domini 607. ſibi redemit, ſub quo Jmp. vno eodemque tempore crudeliſſimum imperium Turci-um duce Mahometo, & idololatricum regnum Pontificium erectum & tabilitum eſt.

Sextò falſitas Conſtantinianæ donationis hinc liquidò demonſtratur, quia tradere imperium, eſt iuramento obligare Senatum Romanum, & exercitus, vt illi obtemperent, cui imperium traditur. Atqui nec exerci-tus, nec Senatus tunc iurabat Romano Epiſcopo. Sed Imperatores Con-ſtantinus, Julianus, & Juſtinianus, aliique ſucceſſores, ſoli fuerunt exerci-tuum domini, qui & præfectos vrbis Romæ conſtituerunt. Deinde hexar-chi Imperatorum vicarii fuerunt in Italiâ circiter annos centum ſexagin-ta, à Juſtiniano ſecundo vſque ad Pipinum. Itaque hiſtoriæ teſtantur, Pon-tifices Romanos non tenuiſſe imperium vrbis Romæ, aut Italiæ. *Melanth. in Chronic. in vita Conſtantini M.*

Septimò etiamſi ex prædictis ſatis liqueat, nunquam fuiſſe factam do-nationem vrbis & prouinciarum à Conſtantino Imp. tamen etiamſi hæc potentia oblata eſſet Syluestro Pontifici, non licuit illi eam accipere in ea functione in qua conſtitutus erat, & ſucceſſoribus tradere. Nam quilibet

debet officia suæ vocationis exequi, iuxta dicta S. Scripturæ. In hoc sitis ambitiosi, vt sitis quieti, & faciatis propria. Regis est gubernare exercitus, bella pacemque decernere, Pastoris autem seu Episcopi est verbo Dei docere, & instituere Populum sibi commissum. Itaque pastores destinati ministerio Euangelico, non debent etiamsi sibi offeratur, arripere politica imperia. Nemo enim militans Deo implicare se debet negotiis secularibus.

Octauò ex actis Pontificum, & aliorum historicorum monumentis abundè apparet, quod illa ambitiosa libido dominandi Pontificum, multa perniciosa schismata peperit in Ecclesiâ, & caussam præbuit, quod longæuo & infinito tempore duo Antipapæ simul imperarunt. De quâ re in hæc verba *Ferrariensis in practicâ suâ, in for. responsionis rei conuenti, in verb. præscriptionis*, eleganter scriptum reliquit. Schisma in Ecclesia Dei inde exortum, quod duo Papæ simul sunt creati, nunquam cessabit, neque Ecclesia vel Italia quiescet, quo ad Ecclesia ciuitates vel castra possidebit, & à Constantino donatio eidem facta (uti fertur) non fuerit per aliquem probum & potentem Jmp. penitus reuocata, cum non benè conueniat psalterium cum cithara, nec dictum sit à Christo nec à beato Petro, quod possidere debeant talia, sed quod est Cæsaris, reddatur Cæsari, & quod est Dei, Deo.

Nonò hanc donationem jure diuino non potuisse subsistere, neque iustè aut licitè Pontifices sibi vendicare iurisdictionem, aut merum & mixtum imperium in regna, prouincias vrbes, & ciuitates inde colligitur, quod Christus dixit Petro. *Matth.26.* Conuerte gladium tuum in locum suum. Quicunque enim gladium acceperit, gladio peribit. Accipere autem gladium dicuntur, quibus à Deo non traditur, id est, qui præter vocationem gladio vtuntur, vt faciunt Pontifices Romani.

Decimò & vltimò confirmatur hæc sententia ex propriis Pontificiorum scriptis: sic enim refert *Gl. in can. 10. dist. 73.* Dum ergò potestates istæ Pont. & Jmp. distinctæ sunt, est hoc argumentum, quod Papa non habeat vtrunque gladium. Idem probat Papa Alex. 4. *in c. si duobus. ext. de appel.* vbi rescribit, quod in temporalibus non possit ad Papam appellari, quia temporalia iurisdictionem Papæ non attingunt. Quod & disertè confirmat *Krantz. lib. 9. histor. Saxo. c. 15.* dum inquit. Gladius spiritualis Pontificum nihil habet commune cum gladio seculari Jmperatorum, quia alter animam, alter corpus conficit. Quod & præclarè comprobat Ambrosius, dum inquit, Ad Jmperatorem pertinent palatia, ad sacerdotem Ecclesiæ.

Contra hanc assertionem pro confirmatione donationis ab Jmp. Constantino,

antino, Pontifici Romano factæ, adferunt aduersarii duo argumenta. rimum depromitur ex *c.vlt. Euangelistæ Iohan.* vbi Christus Petro, & in eius ersona, omnibus verbi diuini ministris dixit, Pasce oues meas. Ergò Pe-o, aliisque Episcopis data est etiam potestas politica imperia constituendi tenendi. Resp. Hic locus Christi non designat externum & politicum nperium, sed tantum Euangelii ministerium, quia alio loco, *Matth. scili- 20. vers. 25. & 26.* Christus taxans ambitionem Apostolorum, qui aliis ominari volebant, & sic lites & dissidia excitabant, in hæc verba respon-t, Reges gentium dominantur, vos autem non sic. Imò ipsi Canones ontificum expresè dominationem & primatum in Ecclesiis damnant. c enim Gregorius Pont. *in c. multi. dist.* 40. rescribit. Quicunque deside-ra-t primatum in terra, inueniet confusionem in cœlo, nec inter seruos hristi computabitur, qui de primatu tractauerit.

Secundò citant pro se Pontificii dictum, quod extat *Lucæ 22. vers. 38.* vbi postoli Christum hisce verbis alloquuntur. Ecce duo gladii hîc, ipse ve- dixit. Satis est, quæ sententia citatur à Bonifacio VIII. Pont. *in c. vnam nctam. in extrauag. de obed. & maior.* quo loco probare nituntur Pontificii ompetere Pontifici duos gladios, scilicet externum & spiritualem. Re-ondetur. Ex hac voce non sequitur Petrum armatum fuisse imperio: m & ipse Filius Dei præliari eum prohibet. Et cum Christus inquit, Satis t, querelam significat de duplici genere hostium, & perinde est, ac si di-t, Satis est & Pontificum & Pilati gladios aduersus vos stringi. Ita erudi- respondet *Melanthon in Chronic. in vitâ Constantini Magni.* Vide *Fr. Guicciar-ni historiam de bello Italico; libro 4. sect. 12.* vbi latè de eadem falsa donatione onstantini agit. *Bodinum in lib. 1. de Repub. c. 9.* vbi inter cætera inquit, Iohan-em Digitorum, Constantini donationem quæ dicitur, aureis literis scri-isse, in cuius extremo hæc verba subijciuntur. Quam fabulam longi tem-oris mendacia finxerunt. Adde *Camerar. in successiuis meditat. centu. 1. cap. 61.* bi hanc historiam non illepidam refert, quod cum Veneti aliquando à ont. Rom. interpellati essent, vt iurisdictionis suæ in mari Adriatico ius titulum ostenderent, respondisse, eos Pontifices habere in suis archiuis, ique facilè reperiri posse, si donationis Constantini membranæ pars xterior, in qua illa maiusculis literis scripta esset, accuratius inspice-tur.

ASSER-

ASSERTIO LXXXI.

Et iure naturali & ciuili fœminæ regni ſunt capaces.

QUOD nec iure naturali nec ciuili prohibitum ſit mulieri imperium exercere in ſubditos, patet ex eo, quod iure feudorum ad ſucceſſiones regnorum, ducatuum & comitatuum etiam fœminæ admittantur, modo tamen filii maſculi deficiant. *cap. vnico. § filia. de ſucceſſ. feud. in vſib. feud.* Eadem ſententia probatur per *cap. dilecti 10. de arbitr.* vbi dicitur, conſuetudinem moribus approbatam pro lege eſſe ſeruandam, quod in partibus Gallicanis fœminæ præcellentes in ſuos iuriſdictionem habeant ſubditos, idque ea etiam attenta ratione procedit, quod conſuetudo etiam ſecundum iura ciuilia iuriſdictionem tribuit. *l. 1. & vlt. C. de emanc. lib. c. ex literis. de conſult. l. 1. C. Quæ ſit long. conſu. l. an in totum 3. C. de ædif. priuæ.* Hujus rei quoque illuſtria exempla tàm in hiſtoriis diuinis, quàm prophanis extant. Sic enim legitur *Iudicum 4.* Deboram fœminam prophetiſſam, vniuerſum Populum Iſraëliticum iudicaſſe. Sic in Anglia, Hiſpania, Scotia & Luſitania, regni ſceptra etiam fœminis delata fuiſſe ſatis ſuperque hiſtoriæ teſtantur.

Obijcitur huic deciſioni locus in *Geneſi c. 3. verſ. 16.* vbi diuina lege ſancitur, vt mulier ſit imperio & poteſtati mariti ſubiecta, ergò ipſa non debet aliis dominari. Reſp. Viris ſuis, id eſt maritis iubentur quidem lege diuina mulieres ſubeſſe, ſed tamen non ideo cæteris parere debent: quinimò rectè ſubditis imperant, ſi iuſtè & legitimè regnum ſit illis delatum.

Secundò videtur naturali iuri repugnare, quod ſceptra imperii fœminis deferantur, cum plerumque à natura aptiores & magis idonei ſunt ad imperandum viri, quam fœminæ, propter prudentiam, robur, & animi magnitudinem. Reſp. Eſt quidem magis aptum ad imperandum genus maſculinum quam fœminium, ſed tamen non ſemper ex lege naturæ efficitur, vt ex bonis boni naſcantur, ex malis mali, nec conſequenter vt quicquid maſculum gignitur, ſit perfectius eò quod naſcitur fœmininum.

Tertium argumentum colligitur ex *l. 1. ff. de legib.* vbi lex definitur eſſe prudentum virorum conſultum: Vnde concludit Bart. fœminas non poſſe leges condere, & per conſequens nec regni ſceptra tenere. Reſp. Poſſunt & fœminæ, reginæ ſeu principiſſæ in iis terris in quibus hæreditario iure dominantur, leges ferre: faciunt id quidem prudentum virorum

conſilio,

consilio, sicut & reges, iussorum tamen vetitorumque authoritas est ab illis. *Connanus lib.1. com. c.4.*

Quartò aduersatur *l.2. ff. de R.I. & l.vlt. C. de arbitr.* Vbi statuitur quod fœminæ ab omnibus officiis & muneribus publicis, imò & à magistratibus debent esse remotæ, idque ex hac ratione, quod pudori & sexui fœminino non conueniat virilibus officiis se immiscere, tum quod propter pudorem & verecundiam eas cœtui publico demonstrari non deceat, vt ait Imp. Constantinus, *in l.2. C.de his qui ven.ætat. impetrar.* Resp. Ista regula non procedit, si hæreditario iure regnum seu ducatus à parentibus seu maioribus, ad mulierem, filiam, fortè Regis vel ducis, sit delatum: quemadmodum in Reginis & Comitissis receptum videmus, tunc enim licitè & iustè imperare possunt. per *d.c.dilecti.ext.de arbitr. Decius ad d.l.2. nu.3.* vbi refert Angelum vidisse Ioannam Siciliæ Reginam in solio sedentem, & sententiam protulisse contra dominos de Balso. Idem ante Decium refert Angelus *ad d.l.2. & l.cum statur. §.vlt. ff. de iudic.* Similiter *4.c.Iudic.* Vniuersos filios Israël ad Deboram in iudicium abiisse legimus, eamque fœliciter annos XX. regnum Judaicum administrasse. Hanc sententiam quod fœminis iustè Regna & imperia tribuantur, defendit *Cabotius lib. 1. disput. c.15.* à qua perperam dissentit *Bodinus lib.6. de Repub.c.5.* Confirmat & hanc decisionem, quod fœminæ regni sint capaces, dummodò aliter lex vel consuetudo patriæ non disponat. *Lipsius libro 2. Politic. cap.3.* vbi in notis pulchrè ait. An Augustum pœnituit Liviam suam audijsse? Ferdinandum Hispaniæ Regem, Isabellam? cui fœminæ Consaluum, Canarias, nouum orbem, eiectos Mauros, & hanc magnitudinem suam Hispania in parte debet. Sic etiam nostro tempore vidimus regnum Anglicum sub prudentissimæ & pijssimæ reginæ Elizabetæ imperio non tantum opibus & longa pace floruisse, sed etiam Ecclesias habuisse rectè & piè constitutas. Quam sententiam etiam solidis & eruditis argumentis confirmat *Pet.Gregor.lib.7. de Repub. c.x1.* vbi postquam in vtranque partem prolixè disputasset, an fœminæ sint regnorum & feudorum capaces, tandem concludit in partem affirmatiuam fœminas ad feuda vel regna esse admittendas, nisi specialis lex, vel consuetudo obstat.

ASSERTIO LXXXII.

Libri feudorum habent auctoritatem legis generalis.

QUÆRITVR ab interpretibus an libri feudorum in iudiciis ad decisionem causarum feudalium, & in scholis ad intentionis nostræ comprobationem, sicut reliqui libri ciuilis & Canonici allegari possint. Et statuendum est, quod feuda valeant apud nos, totoque orbe Christiano non minus quam ius ciuile, obtineant legis auctoritatem. Quod duobus apertissimis argumentis comprobatur. Primò certum est libros feudorum in imperio tacitè receptos & approbatos esse ab Jmperatoribus & Principibus, & eam approbationem tacitam sufficere, ac tanti momenti esse, ac si expresè essent approbati. Longo etiam tempore quod excedit hominum memoriam, passim hi libri non solum in imperio, vt in Germania, sed etiam extra imperium, vt in Gallia, Italia, Hispania, Lusitania, Belgio in Academiis lecti sunt & approbati, & in foro vsurpati, sciente & non contradicente Imperatore, Itaque tacita approbatione sunt recepti. Nullus Princeps potest causare ignorantiam huius iuris. Quod enim publicè fit, eius caussam nemo ignorare debet. *l. sed & si. §. proscribere. ff. de instit. act.* Itaque iura feudorum sunt consuetudines vniuersales, non solum approbatione imperiali, sed etiam tacito Populi consensu introductæ, quapropter omnes ligant. *Curt. in 1a. par. tract. feud. quæst. 1. num. 12.*

Secundò tempus illud memoriam hominum excedens, jus facere dicitur, & æquiparatur priuilegio à Principe ex certa scientia concesso. *l. hoc iure. §. ductus aquæ. ff. de aq. quot. & æst.* Relinquitur ergò vsus feudorum in imperio & extra imperium legis auctoritatem habere, non solum in seculari foro, sed etiam ecclesiastico: vnde etiam in corpus iuris ciuilis sunt insertæ. *Zaz. in proœm. feud. num. 3.* Longè enim omnem auctoritatem legum superat, id quod moribus vnanimi consensu per multa iam sæcula receptum est & approbatum. *l. de quibus. & l. seq. ff. de legib.* Hæc opinio eleganter defenditur à *Sonsbechio par. 1. feud. nu. 22. Curt. d. loc. Zaz. in epit feudo. in præludiis. Fachin. lib. 7. contro. c. 2.*

Obijcitur, quod auctores seu compilatores feudorum fuerunt priuatæ personæ, puta Obertus de Horto, & Gerardus Cagapisti, Consules Mediolanenses, qui non habuerunt actoritatem legis condendæ. Resp. Inter feudorum libros extant etiam Imperatorum placita & constitutiones, editæ & promulgatæ ab Imperatoribus, Lothario, Conrado, Henrico, & Friderico, qui supremam habuerunt potestatem ferendarum legum. Præterea prædicti

prædicti Jmpp. vetera iura feudorum in quibusdam locis correxerunt, multa addiderunt & detraxerunt, vnde tacitè cætera iura feudalia, quorum habuerunt notitiam, approbasse & ratificasse censentur. *arg. l. cum prætor. ff. de iudic.* Denique refert *Olden. in class. 4. de action. beneficiar.* quod hi diuturni vsus feudorum confirmati sunt per Jmp. Fridericum III. precibus Bononiensis collegii.

Secundò opponitur. Consuetudines insertæ libris feudorum sunt potius speciales certorum locorum consuetudines, quam vniuersales. *c. 1. §. fin. Qui feud. dare poss. in verb. aliter in curiâ Mediolanensi obseruatur. cap. 1. §. vlt. de alie. feud. pater. in verb.* Non est consuetudo Mediolani, licet contrarium præcipiat lex Longobardica. Ergò consuetudines locales non debent ligare vniuersos. *§. ius autē ciuile. Inst. de iur. nat. G. & ciu.* Resp. Istæ cōsuetudines feudorum postquam sunt in scripturam redactæ, & tacito Populi consensu confirmatæ, vim legis cœperunt obtinere. *l. de quibus. ff. de ligib. §. ex non scripto. Inst. de iur. natur. G. & ciu.* Licet ergò à principio istæ consuetudines feudorum fuerint locales, tamen post quam sunt in scripta redactæ, & tacito Populi consensu vniuersaliter confirmatæ, vniuersales censendæ sunt. Ita respondet *Curt. par. 1. feud. quæst. 1. num. 12. & vlt.*

ASSERTIO LXXXIII.

In feudis non acquirit filiusfam. vsumfructum patri.

DUBITARI posset, quando filiusfam. acquirit feudum, an patri eius debeatur vsusfructus. Et verius est patri non acquiri vsumfructum. Ratio huius decisionis adferri potest duplex. Prima est, quia feudum cum detur propter seruitia militaria, est peculium castrense. Vnde Harmenopulus feuda rectè vocat στρατιώτικα κλήματα, id est militaria prædia. Atqui in castrensi peculio filiusfam. vsumfructum non acquirit patri, sed ea quæ occasione militiæ filio obueniunt, in solidum ad filium pertinent. *§. 1. Inst. Quib. non est permiss. fac. testa. l. cum multa. C. de bon. quæ liber.*

Altera ratio est, quia filius laborem fert præstando seruitia militaria: ergo æquum est, præmia, hoc est commoda feudorum ad eum pertinere.

Opponitur huic decisioni hoc argumentum. In quibus causis ius feudorum nihil nominatim constituit, seruandum est ius ciuile scriptum. *c. 1. §. strenuus. de feudi cognit. lib. 2. feud. tit. 1.* Sed ius scriptum vult omnia, quæ à filiofam. acquiruntur etiam laboribus & industriâ suâ, quo ad vsumfructum acquiri patri. *l. cum oportet, in princ. in verb. vel laboribus suis ad eum perueniant. C. de bon. quæ lib.* Ergo & vsusfructus feudi patri acquiritur. Resp.

feuda sunt bona castrensia, quia occasione militiæ dantur, atqui in peculiis castrensibus patri non debetur vsusfructus, sed filiofam. pleno iure acquiruntur. *l. vnic. C. de castren. om. palat. pecul. lib. 12.*

Secundò obijcitur, quod peculia castrensia non consistunt in bonis immobilibus. *l. si fortè. & l. castrense ff. de castrens. pecul.* Ideoque cum feuda consistant tantum in bonis immobilibus. *c. 1. In quib. caus. feud. amit. lib. 2. feud. tit. 23.* non possunt dici esse bona castrensia. Resp. In peculio castrensi possunt etiam prædia aliaque bona immobilia computari, quando scilicet filio in bello vel castris agenti, vel contemplatione militiæ ea prædia sunt donata. Tunc enim ea bona immobilia hoc modo data filiofam. dicuntur & censentur castrensia, & proinde in his bonis sicut & in feudis occasione militiæ filio concessis, excludetur pater quoad vsumfructum tex. est *in l. 1. C. de castrens. pecul. milit. lib. 12. tit. 37.*

Tertiò mouetur hoc argumentum non parui momenti. Feudum nihil aliud est quam vsusfructus quidam rei immobilis *cap. 1. in fin. In quib. cau. feud. amit. lib. 2. feud. tit. 24.* Sed si vsusfructus filiofam. relinquatur, certum est eum patri acquiri. *l. vlt. C. de vsusfructu.* Ergo & feudi commoditas atque vsusfructus acquiretur patri. Resp. Procedit hoc argumentum quidem in simplici & proprio vsufructu, qui filiofam. relictus, debetur patri. Verum aliud obtinet in vsufructu feudi, qui non acquiritur patri, sed apud filium manere debet? Idque ex ea ratione colligitur, quia vasallus propter feudum domino seruitia præstare tenetur, atqui si careat fructibus & prouentibus feudi, non poterit commodè domino seruire. Hanc sententiam quod vsumfructum bonorum feudalium pater non lucrifaciat, amplectuntur & defendunt *Claudius de Sisell. & Zaz. in 4. par. tract. feud. Vulteius de feud. c. 4. Borcholt. c. 5. num. 48. Fachin. lib. 7. contro. cap. 77.* Dissentit *Sonsbecius par. 7. feud. num. 7.*

ASSERTIO LXXXIIII.

Minor sine auctoritate curatoris potest de antiquo feudo inuestiri.

MINOR antiqui feudi renouationem sine auctoritate tutoris, curatorisve consensu facere potest? Quod probatur per *c. 1. Per quos fi. inuest.* vbi indistinctè Feudista dicit, quod inuestitura de veteri feudo etiam à minore fieri possit. Ita sentiunt *Borcholt in tract. de feud. cap. 5. nu. 40. Vulte. de feud. cap. 3. num. 7.* Contrariam opinionem tenent *Hoto. in d. c. 1. Per qu. fiat in vest. Duare. cap. 6. num. 19. Sonsbec. par. 6. num. 7.*

Obiicitur

Obijcitur *l.obligari. 9.§.pupillus.ff.de. auct.tuto.* vbi dicitur, quod ſoluere pupillus non poſſit ſine auctoritate tutoris. Ergo nec poteſt abſque auctoritate tutoris pupillus vel minor inueſtire vaſallum de feudo antiquo. Sonſbeccius vult minorem poſſe antiquum feudum renouare, ſiue de eo vaſallum inueſtire, ſi non habeat curatorem, alias ſi habeat curatorem, debet cum eius auctoritate de veteri feudo inueſtire. Verior tamen videtur ſententia, quod minores ſine curatoris auctoritate de antiquo feudo inueſtire poſſint, quia non videtur alienare, qui veterem alienationem confirmat, *l.1.§.aquaductus.ff. de aqu. quot. & æſt.* & minor non alienat hoc caſu feudum, ſed quod alienatum erat à parentibus, juris neceſſitate impellente approbat.

Secundò opponitur hoc modo. Quoties pupillus vel minor ſuam conditionem faciunt deteriorem, vel quoties obligantur ex aliquo contractu, tunc requiritur auctoritas tutoris, vel conſenſus curatoris. *Inſt.de auth. tutor.in princ.* Sed pupillus concedendo feudum poteſt ſuam conditionem facere deteriorem, quia obligat ſe vaſallo, nam ex conceſſione feudi mutua naſcitur obligatio inter dominum & vaſallum, ita vt quibus ex cauſis vaſallus feudo priuatur, ex iiſdem cauſis dominus proprietate priuetur. tex. ſunt *in c.unico.§. domino. Si de feud. def. conten.ſit.c.vnic. Qual.dom.feud.priue.* Reſp. Minor & pupillus non faciunt ſuam conditionem deteriorem, ſed meliorem, inueſtiendo de feudo antiquo. Vtile enim eſt, atque intereſt minoris, quod ſemel debet ſoluere, & quod tradendum eſt ſemel, dare maturè, vt vaſallum obligatum ad defenſionem ſalutis ſuæ ac fortunarum habeat maturius. Quod ſi interſit minoris feudum datum non eſſe, hoc caſu ſine curatore nulla intelligi videtur facta fuiſſe conceſſio, quippe cum nec liquidem debitum ſine eo ſolui poſſit. *l.obligari.§.pupillus.ff.de auct.tuto.*

ASSERTIO LXXXV.

Fœmina feudum dare poteſt.

QVÆRITVR an fœmina feudum dare poſſit. Et reſpondetur quod poſſit. text.eſt *in §.fœminam. Per quos fi.inueſt.lib.2.feud.tit.3.*

Sed obijcitur, quod dicitur *in c.vnic.in fin. De inueſt.in marit.fac.& c. vnic.An apud iud.vel curiam dom. quæſt.feudi deb.termin & c.1.§.vlt.de prohibit.feud. alienat.per* Frederi. Eum qui feudum dat, habere juriſdictionem, quod in fœminam cadere non poſſe explorati juris eſt, cum jure ciuili Romano fœminæ ab omnibus muneribus & officiis ciuilibus & publicis arcean-

tur. *l. fœminæ ff. de R.I.* Resp. Inueterata consuetudo retinenda est, donec per contrariam consuetudinem tollatur. Moribus autem introduci potest, vt fœminæ magistratum gerant, & officio judicandi fungantur. *c. dilecti. ext. de arbit.* Sic vsu receptum videmus in Angliâ, Lusitaniâ, Hispaniâ, Scotiâ, vt fœminæ regia sceptra teneant. Ita Angelus Johannam Siciliæ Reginam sedentem in solio se vidisse refert, & ferentem sententiam contra Dominos de Balso. Notat *Decius ad d. l. fœminæ.*

Secundò obstat, quod fœmina feudi capax non est, & proinde quod ipsa non habet, alteri dare non potest. *arg. l. nemo plus iuris. ff. de R.I.* Resp. Dubium non est, quin fœmina feudum habere possit, si ita expresè in inuestitura conuenerit, vt fœmina in feudo succedat, absque ea expressa conuentione in fendo succedere non potest. *cap. 1. §. filia. de succeß. feud. lib. 1. feud. tit. 8.*

ASSERTIO LXXXVI.

Duobus inuestitis de feudo is præfertur, cui prius possessio feudi tradita est.

QVÆRITVR, si duo de eodem feudo sint inuestiti, diuersis temporibus, & alteri primò tradita sit possessio feudi, quis præferendus sit. Et statuendum est, quod ille præferendus sit, cui prius dominus possessionem feudi tradiderit, licet alter prius sit investitus. Confirmatur hæc decisio, quia per traditionem demum acquiritur feudi dominium, ideoque antequam feudum sit traditum primo inuestito, illius dominium manet penes dominum concedentem feudum. *arg. l. penult. C. de rei vend. l. alienatuiu 67. ff. de V.S.* Ac proinde feudum per traditionem transfertur in eum qui postea inuestitus est. *l. qui tibi. C. de hæred. & act. uend.* Quinimò manifesta hujus sententiæ comprobatio extat *in l. quoties 15. C. de rei vend.* vbi statuitur, quod si dominus duobus diuersis temporibus eundem fundum vendidedit, ille potior est & præfertur in dominio fundi, cui prius possessio fundi tradita est, licet alter prius fundum emerit. Hæc cum ita jure communi sint constituta, nec contrarium vsu feudorum sit statutum, videtur inhærendum juri communi. *arg. c. 1. de feudi cognit.*

Duo argumenta contra hanc sententiam adferuntur. Primum est, quod feudum alicui concessum, non potest ei sine justa causa auferri. *c. 1. de feudo sine culpa non amit.* Ergo non licet domino, postquam vnum inuestiuit, alium inuestire in eodem feudo, quia videtur feudum priori datum

adimere sine justa causa. Resp. sub distinctione. Aut dominus aliquem inuestiuit in feudo, tradendo ei possessionem corporalem, quæ dicitur inuestitura propria, & tunc non potest ei feudum adimere, & alteri dare, sine justa causa. Aut dominus concessit alicui feudi inuestituram, per hastam, vexillum vel ensem, quæ dicitur impropria inuestitura *c. 1. Quid sit inuest.* & tunc tenetur quidem inuestitum in possessionem mittere, sed si id non fecerit, verum alterum de eodem feudo inuestierit, & illi possessionem tradiderit, hic posterior inuestitus præfertur, sed dominus tenetur primo inuestito, id quod interest, præstare. Quoties enim dominus non habet facultatem tradendæ rei venditæ, ad id quod interest emtoris condemnatur. *l. 1. ff. de action. empt. l. si traditio. C. eod.*

Secundò opponitur, quod in feudis idem operatur inuestitura, quod traditio rei. *c. Quib. mod. feud. constit. potest.* Ergo prior inuestitus de feudo adhuc præferendus est, licet non acceperit possessionem feudi. Resp. Quod dicitur, inuestituram idem operari, quod traditionem rei, intelligendum est, de vera & propria inuestitura, per quam possessio transfertur *c. 1. Quid sit inuestit.* Abusiua verò & impropria inuestitura non eundem effectum obtinet. Hanc sententiam, quod is, cui possessio feudi tradita est, præferatur priori inuestito, amplectuntur *Minsi. cent. 4. Obs. 61. Pistor. par. 2. quæst. cap. 29. Fachin. lib. 7. contro. c. 32. & 33.*

ASSERTIO LXXXVII.

Clerici in feudis non succedunt.

QVÆRITVR an clericus in feudo succedat. Dicendum est, verius esse eum non succedere cum fratribus suis Laicis patri in feudo. Ratio est, quia impeditus diuinis ministeriis, non potest domino seruitia personaliter præstare. *c. vnic. de vasal. mil. qui arm. bell. depos.* Probatur & apertis textibus hæc decisio. *c. 1. §. ex hoc. de feudo fœm. c. 1. §. qui clericus. Si de feud. defun. conten. sit.* Defendunt hanc sententiam *Pistor. part. 2. quæst. 33. Minsi. cent. 5. Obseruat. 48. Afflict. decis. 320.* vbi ita judicatum fuisse scribit. Dissidet *Scurff. cent. 1. cons. 68. Mart. Laud. in tit. qui feud. dare poss. §. & quia. num. 19.* post plures alios quos refert.

Opponitur. *c. 1. §. vlt. de capit. Corradi.* vbi dicitur clericum rectè feudum accipere & possidere. Resp. Ab initio primum feudum rectè clericis confertur. Nam potest quilibet de rebus suis, vt est moderator & arbiter rerum suarum, gratiam facere quibus vult. Potest enim dare quibuslibet, quare ergo eodem modo clerico in feudum dare non posset, sed non

potest

poteſt clericus ſuccedere in feudo jam ante familiæ ſuæ conceſſo, quia factus miles Chriſti non poteſt eſſe miles ſæculi. Eſt enim talis, qui jam ſeruire non poteſt. *c.1.de vaſal.mil.qui arm. bell.depoſ. c.1.in fin. An mutus vel al. imperf.*

Sed iterum obijcitur, ſi in militiâ ſeruiendum eſſet in feudo nouo, jam non poſſet ſeruire, cum ſit Chriſti miles. Reſp. Hoc quidem verum eſt, ſed jam ſeruiet per ſubſtitutum: Cenſetur enim hoc tacitè conuentum inter dominum & vaſallum. Cum enim dominus daret feudum, ſciuit eum non poſſe ſeruire in propriâ perſona, ſicut quoque in fœmina obtinet, cui feudum confertur, quæ nec in perſona ſua in bello ſeruire valet. *c.1. An mutus vel al. imperſ.c.1.de feudo fæm.* Ita tradit *Afflict. ſup. cit. deciſ. nu. 8.* Verum quod feudum ſucceſſione acquirere non poſſit clericus, ideò eſt ſtatutum, quia vaſallus militi primò conceſſit, non clerico, & tali, qui ſuo proprio officio dominum juuare poſſet, ſed nunc aſſumendo clericatum reddit ſe talem, quod officium domino præſtare non valet, nec debet. Ergò non ſuccedit in feudo. *l.in omnibus cauſis.de R.I.*

Tertiò opponitur, quod clerici per ſubſtitutum æquè ſeruire poſſunt, ideoque in feudo etiam antiquo ſuccedent. Reſp. Illi ſoli vaſalli per ſubſtitutum ſeruire poſſunt, qui nullo vel naturæ vel juris impedimento excluduntur, quo minus per ſe ſeruire poſſint, text. eſt, *in cap.1.§.firmiter. de prohibit.feud.alienat.per Frider.c.1 in fin. An mut.vel alit.imperf* vbi clerici æquiparantur ſurdis mutis, vel alias imperfectis & inſanabilibus à natura, ſed imperfecti tales natura, ſubſtitutum habere non poſſunt, ſecundum communem DD. opinionem, quia per ſe ipſi ſeruire non poſſunt. vt tex. inquit *in c.1. An mut. vel al. imperf.in fin.* Rectè ergò nec clerici ſubſtitutum habere poterunt, quia illis æquiparantur. Ita rectè decidit *Sonsbec.par.12.feud. num.144. Chaſſa.in conſu.Burg.in.§.5.in verb. excepte les religieux.tit.des fiefs.* Contrarium tenent Canoniſtæ, & tandem *Fridericus Schenck in c.1. de vaſal. mil. qui arm.bell.depoſ.* Quod non videbitur alicui mirum, quia Canoniſtæ trahunt omnia ad ſuum molendinum, & ipſe Schenck fuit Epiſcopus Vltrajectinus, magnus fautor & patronus clericorum. Vide etiam de hac quæſtione variè differentem. *Fachinæum lib.7. contro.c.35.* qui quatuor caſibus tradit Clericos in feudo poſſe ſuccedere: primus eſt, ſi dominus conſentiat, & contentus ſit, vt per ſubſtitutum ſeruiat, nec de præjudicio alterius, puta agnatorum agatur. Secundus eſt, ſi non præſtandum ſit ſeruitium perſonale, ſed reale, puta annuus cenſus pecuniæ, vel alterius rei. Tertius eſt, ſi feudum francum ſit, pro quo nullum præſtandum eſt ſeruitium. Quartus eſt, ſi feuda annexa ſint dignitati Eccleſiaſticæ. Ita accipiendus eſt tex. *in c.1.§. vlt. de capit. Corradi, & in c. verum. & c. ex tranſmiſſa. de foro compet.*

compet. Sic passim in Germania Episcopi, Abbates & alii Ecclesiastici Prælati feuda amplissima possident, annexa dignitati Ecclesiasticæ. Adde *Cacheranum decis.27.* vbi sex fallentias ponit, & explicat. Prima est in feudo franco & libero. Secunda quando expresse cautum est, præstari debere seruitium reale, seu etiam personale, dummodò honestè illud per Ecclesiasticam personam exhiberi valeat. Tertia est quando feudum esset ad omnem hæredem transitorium, puta quia in inuestitura dictum sit, pro se & hæredibus quibuscunque vel quibus dederit. Quarta est, quando clericus admitti vellet per modum successionis, non per viam inuestituræ, tanquam vocatus ex veteri inuestitura. Quinta est in feudis ecclesiasticis. Sexta in fratribus Hierosolymitanis. Ratio adducitur hujus fallentiæ, Quia omnino arma non deposuerunt, cum Deo seruiant in armata militia contra infideles.

ASSERTIO LXXXVIII.

Fœminæ in feudo emtitio non succedunt.

PROBATVR hæc decisio per regulam feudalem, quę sic habet. Quoties in certis partibus mutatur natura feudi, tunc in aliis partibus semper retinetur & seruatur feudi proprietas. *c. vnic. de feud. non hab. prop. nat.* Ergo licet feudi natura in eo mutatur, quod pecunia acquiratur, tamen in aliis partibus communem naturam feudi retinet, quæ hæc est, vt fœminæ à successione fundi arceantur. Secundò probatur per alteram certissimam regulam feudalem, quod fœminæ à feudis excluduntur, nisi nominatim illis pacto sit prouisum, vt succedant in feudo. *c.1. §. filia. de success. feud. c.1. de nat. success. feud.* Contrariam sententiam, quod in feudo emtitio fœminæ succedunt, licet pacto id non sit expressum, tenet *Odofred. in suâ summâ feudi. tit. Qui in feud. succedere possunt*, & conatur suam opinionem stabilire hisce argumentis.

Primò feudum emtitium non est propriè feudum, quia feudum non prætextu pecuniæ, sed ex amore & beneuolentia domini acquiri debet. *c.1. de feud. dato in vic. leg. commiss.* Ideoque nec leges quæ de proprio feudo loquuntur, in emtitio locum habere possunt, & proinde cum à successione feudi propriè sumpti arceantur fœminæ, consequens est eas in feudo emtitio, tanquam improprio succedere. *arg. c.1. de feud. fœmin.* Resp. Licet feudum emtum non sit propriè feudum, quoad hoc quod pecunia acquisitum est, jure tamē feudi debet censeri, & in aliis partibus feudalibus, secundum regulas propriorum feudorum determinari. *arg. c.1. de feud. non hab. prop. natu.*

Cum ergo nusquam leges feudales excipiant feudum emtitium, debet secundum alias generales regulas feudi censeri, quæ fœminas à successione feudi excludunt.

Secundò in contrarium ita argumentantur. Quoties feudum emtitium est, acquiritur potius ex contractu emtionis, quam iure feudi. Atqui in contractibus hæc seruatur regula, quod contractus & pacta transeant ad hæredes tam masculos quam fœminas. *l. si pactum. ff. de probat. l. maximum vitium. C. de lib. præter.* Resp. feudum emtitium transit ad hæredes quidem, sed masculos tantum, non etiam fœminas, quia non amittit omnem suam naturam. Feudum enim manet & vocatur, licet emtum pretio fuerit. *c. 1. de natu. feud. in verb. vel nisi emerint feudum. c. 1. de feudo dato minini. valvas. c. 1. de benef. fratr.* Hanc sententiam quod in feudo emtitio fœminæ non succedant amplectuntur *Sonsbec. in 9. par. feud. num. 121. Mins. cent. 5. obs. 73. Fachin. lib. 7. contro. c. 37.* Dissentit *Curiius in tract. feudor. 3. part. princip. quæst. 1. num. 6. 7. & 8.*

ASSERTIO LXXXIX.

Feudo alienato à vasallo sine consensu domini, ne quidem 30. vel 40. annis præscribitur directum dominium, in præiudicium domini.

GRAVIS & ardua est quæstio, vtrum spacio 30. vel 40. annorum directum dominium feudi à vasallo consensu domini alienati præscribatur aduersus dominum feudi. Et verior probabiliorque est sententia, quod accipiens feudum à vasallo inscio domino alienatum, ne quidem 30. vel 40. annis illud præscribere possit. Hæc sententia primò manifestè probatur per tex. *in c. 1. vers. præterea, de capit. Corradi.* vbi Imp. Conradus rescribit in hæc verba. Præterea liceat dominis omnes alienationes feudi factas, nulla obstante præscriptione reuocare, qui textus non posset esse clarior. Secundò hanc sententiam plenissimè comprobat. *c. 1. §. unde Imperator. de probib. feud. alien. per Frideric.* cuius hæc sunt verba. Nos ad pleniorem regni vtilitatem prospicientes non solum in posterum, sed etiam hactenus illicitas alienationes perpetratas præsenti lege cassamus & in irritum deducimus, nullius temporis præscriptione impediente. Quia quod ab initiò de iure non valuit, tractu temporis conualescere non debet. Quæ verba non possent esse clariora, vbi cum Imper. Fridericus statuerit illicitis alienationibus nullam omnino obstare præscriptionem, procul dubio voluit etiam ne quidem 30. vel 40. annorum præscriptionem obstare. Remoto

moto enim genere, & omnes eius ſpecies remouentur. Eamque fuiſſe Imp. ſententiam, duæ vrgentes & efficaces rationes ab Imperatore ſubiectæ liquidò demonſtrant. Prima eſt, quia iſtæ alienationes & tricennales præſcriptiones feudorum, in ſummam imperii diminutionem & Reipub. interitum tendunt. Nam vaſalli diſtractis bonis & ſic feudis exuti, non poſſunt præſtare dominis ſeruitia, per quod imperii vires maximè attenuantur, dum proceres milites ſuos h. e. vaſallos ad expeditionem Principis traducere non poſſunt, vt pulchrè habet, *c. 1. de prohib. alie. feud. per Lotha. & c. 1. de prohib. feud. alie. per Frider.* Altera ratio eſt. Quia quod ab initio vitioſum eſt, tractu temporis conualeſcere non debet, quæ ratio etiam 30. annorum præſcriptioni conuenit.

Obijcitur primo huic deciſioni, quod omnis actio, ſiue in perſonam ſit, ſiue in rem 30. vel 40. annis præſcribatur, quæ longiſſimæ præſcriptiones propter deſides, rerumque ſuarum deſertores ſunt introductæ. *l. ſicut. l. omnes. l. cum notiſsimi. C. de præſcript. 30. anno.* Reſp. Regulariter quidem verum eſt, actiones 30. vel 40. annorum ſpacio extingui: niſi ſpecialis quædam lex extet, qua caveatur nullam omninò præſcriptionem locum habere: atqui in hoc noſtro caſu omnis præſcriptio ab Imper. in vniuerſum prohibita eſt per *c. 1. de capit. Corra. & c. 1. de probi. feud. alie. per Frederi.*

Secundò obſtat tex. *in c. 1. § porrò. Qualit. olim feud. pot. alie.* vbi habetur, quod præſcriptione 30. annorum dominus tam ignorans quam ſciens à feudi repetitione ſubmoueatur. Reſp. Ille tex. non loquitur de illicita alienatione, ſed tractat de tali præſcriptione, per quam dominus excluditur à iure redimendi feudi, eo caſu, quo alienatio valet. Deinde ante tempora Imp. Conradi poterat feudum pro parte vel totum alienatum 30. annis, vt ibi, præſcribi. Verum Conradus & poſt eum Lotharius & Fridericus Impp. animaduertentes hoc cedere in detrimentum Reipub. poſtea ſimpliciter ſuis conſtitutionibus omnes præſcriptiones prohibuerunt, iniquum exiſtimantes, vaſallos ex delicto compendium facere, dominos verò ex officio damnum ſentire.

Tertiò opponitur. *c. 1. § ſi quis per. 30. Si de feud. def. conten. ſit.* vbi dicitur, ſi quis per 30. annos prædium aliquod tanquam feudum poſſedit, & ſeruitium domino exhibuit, quamuis de eo non ſit inueſtitus, quod 30. annorum præſcriptione ſe tueri poſſit. Si ergo 30. annis res allodialis vt feudum præſcriptione acquiri poterit, à contrario ſenſu ſequitur, quod feudo à vaſallo alienato, ſaltem 30. annis dominus poſſit amittere feudum: vt ſcilicet præſcribens pleno iure illud ſibi acquirat, tanquam prædium allodiale. Reſp. Longè diuerſa hæc ſunt, nec eadem militat ratio, quia aliud eſt, feudum vt rem allodialem præſcribere, aliud feudum præſcriptione

acquirere, quia in casu. *d.§.si quis per 30.* non patitur Respub. detrimentum, sed augetur, quia tenetur iam seruire vasallus, secus in nostro casu, vbi periret seruitium. Præterea potuisset rem illam allodialem 30. annis vt propriam præscripsisse. *l.1. C. de anna. except.* ergo multò magis vt feudum præscribet. Hanc sententiam, quod dominus 30. vel 40. annorum præscriptione non amittat feudum illicitè alienatum, amplectuntur & defendunt *Iacob. de Ardizo in sum. sua tit. Quib. mod. feud. acqui. Andr. de Iser. & Schenck in c. præterea. de capit. Corra. Sonsbec. par. 12. feud. num. 155. Fachin. lib. 7. contro. c. 61.* Limitatur tamen hæc decisio nisi dominus, & ij quorum interest, præsentes & scientes patiantur alienari & præscribi feudum citra contradictionem. Illo enim casu etiam hodie posset præscribi feudum. *per c. qui tacet. de R. I. in 6. c. con. tinebatur. De his quæ fiu. à prælat. sine consen. Capit.* Ita etiam sentire videtur *Glossa in c. 1. Quid iur. si post alien. feudi vasal. recup. arg. c. 1. §. præterea. Quib. mod. feud. amit. Sonsbec. d. loco. num. 163.*

ASSERTIO XC.

Vasallus sine veniâ dominum feudi in ius vocare potest.

DIGLADIANTVR & contendunt aciter inter se DD. An vasallus dominum in jus vocare possit non impetrata venia. Et communior receptiorque est DD. sententia, quod vasallus coram paribus curiæ cum domino suo litigare volens, possit dominum feudi non impetrata venia in ius vocare. Ratio decîdendi est, quia edictum Prætoris, quo certæ personæ sine permissu Prætoris in ius vocari prohibentur, vasallum non comprehendit. Ergo cum hoc edictum sit pœnale *l. penult. ff. de in ius vocand.* non debet ad alios casus in eo expresſè non comprehensos extendi, sed in suis casibus duntaxat obtinebit. Hæc est communis DD. opinio, quam adsessores supremi tribunalis in Camera imperii judicando sunt secuti, teste *Mins. cent. 4. obs. 92. Borcholt de feudis. cap. 10. nu. 38. And. Gail. lib. sing. de pignorat. c. 15. nu. 4.*

Contra hanc decisionem adfertur tale argumentum. Libertus patronum sine venia in jus vocare non potest, sed vasallus & libertus æquiparantur. *Præses. Euer. in Topic. in loco à liberto ad vasal.* Ergo & vasallo opus est veniæ impetratione, si dominum in jus vocare velit. Resp. Licet in multis vasallus & libertus inter se pares & æquales habeantur, non tamen in omnibus hæc æquiparatio procedit. Longè enim arctius libertus adstrictus est

ctus est patrono, à quo accepit libertatem rem inæstimabilem. *l. libertas. ff. de R. I.* quam vasallus domino, qui tantum feudum accepit, vt ipse hæredesque eius domino fideliter seruiant. Adhæc æqualis est fidei relatio inter dominum & vasallum: sicut enim vasallus domino, ita è contra dominus vasallo reciprocâ fide est obstrictus. tex. est singularis & notab. *in c. vnic. de for. fidel.* quem textum jus sanctum continere, sed dominis terribilem esse. *Bald. ibid. notat.* Quod de patrono & liberto nullibi scriptum reperitur: fallax ergo est argumentandi genus à vasallo ad libertum. *Præses Ever. d. loco. num. vlt. Minſ. cent. 4. Obseruat 91.*

Secundò in contrarium adfertur. *l. generaliter. ff. de in ius vocand.* vbi traditur, generaliter eas personas, quibus reuerentia debetur, in ius vocari non posse sine venia Prætoris. Ergo cum vasallus domino honorem fidem & reuerentiam exhibere teneatur, illum quoque absque venia in jus non vocabit. Resp. Dicendum est, quod ne prædicta lex superflua censeatur, illam hoc modo accipiendam esse, vt de illis personis accipiatur, quæ parentum loco habentur, vt sunt socer socrus, nouerca & vitricus. Præterea & propter reuerentiam marito debitam vxor eum non poterit in ius sine venia Prætoris vocare. *arg. l. alia. in fin. ff. Solut. matrim. Cuiat. lib. obs. 10. c. 10.*

Tertiò opponitur *c. vnic. de vasal. mil. qui cont. est.* vbi dicitur, quoties vasallus de domino conqueritur, debet adire curiam, & salua reuerentia de jure suo cum domino experiri. Resp. Hæc verba, salua reuerentia, ad famosam actionem quam vasallus honestis verbis moderari debet, non ad citationem sunt restringenda. Sic enim in simili liberi & liberti contra parentes & patronos actionem famosam de dolo intendere non possunt, sed loco eius actionem in factum omissa doli mentione proponere debent. *l. non debet. 11. ff. de dolo.* Itaque hæc sententia tanquam verior, & juri magis consentanea retinenda est, quod vasallus dominum feudi sine venia in jus vocare poterit.

ASSERTIO XCI.

Mutus, surdus, cæcus, furiosus, vel aliter imperfectus in feudo non succedunt.

COMPROBATVR hæc decisio hoc firmissimo argumento. Vasallus tenetur dominum in acie & prælio dimicantem adiuvare, & alia seruitia militaria ei præstare. *c. vnic. §. est & alia. Quæ fue. pri. caus. benef. amit. c. vnic. Quib. mod. feud. amit. c. vnic. vers. & si sciuero. de noua for. fidel.*

Hæc facere non possunt mutus, surdus, cæcus, furiosus. Ergo meritò à feudi successione arcentur.

Verum in hac controuersa quæstione duo occurrunt textus feudales mirè variantes & dissidentes. Nam primò *in c. vnic. An mutus vel al. imperf. feud. retin.* ita constitutum est. *Mutus & surdus, cæcus, claudus, vel aliter imperfectus,* etiamsi sic natus sit, totum feudum retinebit. Quidam tamen dicunt, eum qui talis natus est, feudum retinere non posse, quia ipsum seruire non valet. In tit. verò, *Episcop. & Abba. feud. dare non pos. §. vlt.* in hæc verba responsum est. Mutus feudum retinere non potest, sed si feudũ fuerit magnum, quo ei ablato se exhibere non valeat, tantum ei relinqui debet, vnde se sustinere possit. Et his casibus feudum amittitur, & ad dominum reuerti debet. Communiter DD. hæc capitula ita conciliant. Aut quis est à natura imperfectus, mutus, surdus, cæcus & furiosus, nullaque spes superest conualescendi, & hic nec in feudo nouo, nec in paterno succedit. Aut factus est imperfectus ex accidenti, vitiumque hoc corporis vel animi medicorum arte est sanabile, & tunc in feudo succedet, & per substitutum præstare poterit seruitia. Hanc sententiam sequuntur & approbant *Aluarot. Præpos. Schenc & Baro in c. vnic. §. fin. Episc. vel Abba. Sonsbec. parte. 12. de feud. num. 133. Wesenb. de feud. c. 6. nu. 20.* Et hæc opinio videtur satis comprobari *in d. c. vnic. An mutus vel al. imperfect.* vbi cum primo posita esset opinio Gerardi & Oberti, quod mutus, surdus, cæcus, etiamsi ita nati sint in feudo succedant, postea subijcitur diuersa & contraria opinio, hisce verbis. *Quidam dicunt, eum qui talis natus est, feudum retinere non posse.* Ex quibus apparet in posteriori sententia & opinione, quæ plerumque derogat priori, feudorum authores consistere, quod scilicet mutus, surdus, cæcus, vel aliter imperfectus, si ita nati sint, feudum retinere, vel in eo succedere non possunt. Si verò non ita nati sint, sed casu aliquo superueniente, vel ex accidenti cæci, muti, vel surdi facti sint, tunc in feudo succedant. Ita docet *Fachin. lib. 7. contro. c. 34.*

Sed in hac difficili controuersia hæc potius distinctio, tanquam textibus iuris magis accommodata, mihi sequenda videtur. Aut hi à natura ita procreati sunt, & tunc in feudo non succedunt. *d. c. vnic. §. fin. Epis. vel Abba.* Aut casu aliquo sine culpa sua, & ex accidenti ita facti sunt, & tunc quidem feudum ante imperfectionem investitura vel successione acquisitum retinent, & per substitutum seruitia præstabunt. Ita accipi debet. *c. vnic. An mut. vel al. imperf. in fin.* At in feudo nondum acquisito non succedunt, siue imperfecti nati vel casu aliquo facti sint ante acquisitionem feudi. Et ita intelligi debet. *c. vnic. §. fin. Epis. vel Abba.* Vel vt breuius & apertius dicam. Imperfecti quocunque modo, siue à natura, sive ex accidenti,

in feudo

n feudo non succedunt, sed retinent feudum acquisitum, si post acquisitionem & possessionem feudi vitium illud imperfectionis vel inhabilitatis superueniat. Ita decidit eleganter *Vulteius de feudis.c.9.nu.64.* & hoc modo hæc duo capitula dissidentia conciliat.

Illud extra controuersiam est, quod feudum de nouo recipere possunt, qui ex accidenti, vel etiam à natura muti, surdi, cæci, claudi, dementes vel alias imperfecti sunt. *Bald.& Aluar.in c.vnic.§.fin.Episc.vel Abba.&c.* Dominus enim illorum defectum sciens, & iisdem feudum concedens, ipsis etiam gratiam facere censetur, vt si per se commodè seruire non possunt, saltem per substitutum seruiant.

ASSERTIO XCII.

Liberi legitimati per subsequens matrimonium in feudo non succedunt.

NATVRALES filii ex concubina nati in feudis non succedunt, siue extent alii liberi legitimi & naturales, siue non. *§.naturales. Si de feud. def.content.sit lib.2.feud.tit.26.* Quod procedit siue feudum sit paternum, siue maternum. Vnde licet filius naturalis vel spurius de iure communi matri succedat in bonis allodialibus. *l.si qua illustris. C.Ad SC.Orfic.* in feudis tamen non succedit, etiamsi feudum sit fœmineum, materque nullos alios liberos habeat. *Andr. de Iser.in d.§.naturales.* Cuius iuris ratio hæc est, quod domino paribusque curiæ minus sit honorificum, in suo consortio, siue sodalitio habere homines natalibus suis maculatos.

Sed quæritur & controuertitur ab interpretibus, Anne legitimati per subsequens matrimonium succedant in feudis. Et quidem inspectis textibus feudalibus, hæc quæstio satis clarè est definita, quod scilicet legitimati quocunque etiam modo sint legitimati, arceantur à successione feudi, per *d.§.naturales.Si de feud.defunct.conten.sit &c.* vbi expressis verbis decîditur, quod naturales filii, licet postea fiant legitimi, ad successionem feudi non admittuntur, vbi cum textus non distinguat in legitimatis, sed indistinctè omnes legitimatos à successione feudi repellat, neque nos distinguere debemus. Quod verò textibus feudalibus certò fuit decisum, id ipsi interpreter suis distinctionibus incertum fecerunt. Statuunt namque communiter D D. quod legitimati per subsequens matrimonium in feudis indistinctè succedant, non verò legitimati per rescriptum Principis. Ita tradunt *Iaco.de Belui.& Andr.de Iser. in d.§.naturales.* Et hanc sententiam, quod legitimati

legitimati per ſubſequens matrimonium in feudis quoque ſuccedant; receptam eſſe vſu in prouincijs Hollandiæ & Weſt-Friſiæ, notat Nobiliſſimus IC[tus] *Cornelius Neoſtadius in tract. de ſucceſ. feud. Holl. & Friſ. c. 5. nu. 79.* Quinimò & in Camera Imperij hæc ſententia judicando approbata eſt, vt notant *Minſ. cent. 5. obſer. 42. Weſemb. de feud. cap. 6.* Denique & hæc ſententia quod legitimati etiam per reſcriptum Principis tantum conſequantur in bonis legitimantis quantum jus naturæ tribuit legitimis, judicando comprobata eſt in curia prouinciali Hollandiæ in cauſa ſeu lite pendente inter fœminam quandam Santiam, & neptem ejus Mariam, quæ reſcripto Principis erat legitimata. Ita deciſum extat *in deciſionibus ſupremi Senatus Holl. Zeel. & Weſt-Friſ. deciſ. 10.*

Communis hæc diſtinctio DD. hoc fundamento nititur, quod per matrimonium ſubſequens omnis macula quæ erat circa natales, ſit ſublata, quodque tempus huius legitimationis conjungatur cum tempore conceptionis, vt ita medium tempus nunquam fingatur in rerum naturâ extitiſſe, atque adeò nunquam illegitimos fuiſſe, per *c. tanta ex. Qui fil. ſunt legit.*

Sed ad hoc argumentum DD. reſpondetur, quod etſi matrimonio ſubſequenti omnia vitia purgata eſſe cenſeantur, id tamen reſpectu ipſorum natalium magis fictione quam veritate ſubſiſtir. Et quidem vt rectè dicebat Baldus, vulnus natalium legitimatione conſolidatur, interim remanet tamen aliqua cicatrix, quæ occaſionem huic juri feudali inducendo dediſſe videtur: cum omnem omnino maculam, imò & ſuſpicionem maculæ alicuius, dominus feudi & pares curiæ à curiâ remotam vellent. Præterea iure quidem ciuili & Canonico omnia vitia priora tolluntur per ſubſequens matrimonium, ita vt qui eſt effectus vtriuſque illius iuris, æquè pertineat ad legitimatos per ſubſequens matrimonium, atque ad eum qui ab initio legitimè natus eſt. Sed quia hoc iure feudali non eſt conſtitutum, ſed potius in genere legitimati ſine diſtinctione modi legitimationis, à ſucceſſione feudi arceantur, id quod iure ciuili & Pontificio conſtitutum eſt, jure feudali repugnante non eſt inferendum.

Non etiam valet expoſitio *Cuiatii & Borcholti* ad illum tex. *d. §. naturales.* qui eum textum interpretantur, quod tum naturales legitimati in feudis non ſuccedant, quando poſt delatam ſucceſſionem fiunt legitimi. Nam caſus de eo, qui legitimatur per ſubſequens matrimonium, ne fingi quidem nedum eſſe poteſt, ſucceſſione iam delata, vt pote quæ non deferatur, niſi mortuo vaſallo, cum iam amplius matrimonium contrahere nequeat, ac per conſequens, nec per matrimonium legitimare liberos. Licet igitur hæc ſententia, quod legitimati per ſequens matrimonium in feudis ſuccedunt, in praxi & vſu forenſi conſulendo & iudicando quotidiè obſeruetur,

tur, teste *Seurs.consil.1.cent.1.num.17.* & secundum eam in Camera Imperii iudicatum testatur *Minf.cent.5.obs.42.* tamen secundum veritatem & decisionem textuum feudalium certior & verior est sententia, quod legitimati per subsequens matrimonium à successione feudorum arceantur. Id manifestè probat tex. *in d.§.naturales*, vbi cum in genere negetur legitimatos in feudis succedere, consequens est omnes species sub eo genere comprehensas hoc est tam legitimatos per rescriptum Principis, quam legitimatos per subsequens matrimonium à feudorum successione arceri. Idque confirmatur etiam ex certissimo logicorum axiomate, quod negato genere negentur omnes species sub genere comprehensæ. tex. ad hoc sunt *in l. vlt. c. de vsur. rei iud.l.1, §.for.ff.de su. & leg. hered. vbi not.* Ita eleganter tradunt *Sonsbec. de feud. par.9. num.72. Vultc. c.9. de feudis, num.94. Hoto. cons.10. volu.1.*

Legitimati autem per rescriptum Principis, omninò in feudis non succedunt. Ratio est, quia Principum beneficia ita restringenda sunt, ne noceatur aliis. Princeps non debet mihi auferre rem meam, & ius mihi quæsitum, nisi specialis, aliqua causa & commodum Reipub. intercurrat optimus est tex. *in l.nec auus.4.C.de emancip. lib.l.2. §.si quis à principe. ff. Ne quid in loc.pub.* Si autem legitimati per rescriptum Principis in feudis succederent, magna fieret iniuria agnatis, quibus ex prouidentiâ & pacto primi vasalli semel ius succedendi in feudo quæsitum esset. Sed dubitatur, si legitimati sint naturales, antequam de feudo vlla incidat quæstio, an tunc cum legitimis ad feuda rectè admittantur. Et verius est quod naturalis non succedat in feudo licet tempore inuestituræ in veniatur legitimatus. *Curt.3. part.princ.feud. memb.2. nu.39.*

ASSERTIO XCIII.

Vasallus tenetur dominum feudi in bello iuuare etiam contra patrem suum.

TAM arcta est obligatio, quâ vasallus domino auxilium præstare tenetur, vt nec pater quidem, nec filius, nec frater exceptus reperiatur, imò verò disertè feudalibus consuetudinibus cauetur, vasallum contra hos teneri in militia iuuare dominum. *c.1. §.fin. Hic finitur lex &c.* Quod etsi durum sit, & rationi naturali contrarium, seruandum tamen esse, cum lex consuetudinis ita scripta sit, dicit *Zazius in epit.suâ feudo. par.7. num.28. arg.l.prospexit,ff. Qui & à quib. manu.*

Sed hæc assertio omninò videtur repugnare præcepto diuino, quod dictat honorandum esse patrem & matrem, quod jus moribus & legibus humanis vtique præstare debet. Imò nisi ad normam legis diuinæ leges & consuetudines humanæ exigantur, corruptelæ potius sunt quam consuetudines. Et hoc probatur *in c.1. §. sed est alia. Quæ fu.pri. caus. benef. amit.* Aliud est inquit, *fortè si ideò non seruierit*, quia non potuerit, tunc enim feudum non amittit. Quomodo autem auxiliari dicitur posse domino, à quo bona habet, aduersus parentes, quibus vitam debet? Quomodo potest seruare mores hominum, & contemnere præceptum Dei. 2. Resp. Hæc doctrina feudalis, qua generaliter & indistinctè traditur vasallum auxilium præstare debere domino contra patrem, reducenda est ad honestatem & principia iuris naturalis, ne conuellantur jura sanguinis quæ sunt & dicuntur immutabilia. *§.penult. Inst.de iur.nat.gent.& ciui.l.iura sanguinis.ff. de R.I.* Itaque sic distinguendum est. Aut vasallus interpellatur à domino, vt auxilium sibi præstet in ea causa, in qua ipse dominus iniustè offenditur, & tunc tenetur vasallus auxilium & opem præstare domino contra proprium patrem. Ratio est, quia pater iniustè dominum vasalli offendens, agit contra ius naturale, quo hominem ab homine beneficio affici potius quam lædi æquum est. Itaque indignus esse censetur, qui ipse agens contra jus naturale, beneficium iuris naturalis expectet. Aut verò dominus iniustè bellum infert patri vasalli, & tunc tantum abest, vt teneatur feudi nomine contra patrem seruire domino, vt prorsus ab hujusmodi bello & munere sit excusatus, quod contra quemlibet iniustè & iniquè decernitur, ex communi D D. sententia. per *c.1. vers. & si sciuero. de no.for. fidel.* Ita eleganter & doctè tradit *Vulteius cap.10. de iure siue vsu feudi. num. 3.3.*

Non obstat tex. *in c.vasalli. de pace Constan.* vbi qui in bello iusto patriæ illato patriam potius defendunt, quam patronum seu dominum feudi, hi feudo non priuantur. Nam id clementer receptum est liberalitate Imperatorum. *§.pacem.d.tit.* Itaque non extenditur ad consequentias. *l.quod verò.14. ff. de legib.*

ASSER-

ASSERTIO XCIV.

Vasallus habet interdictum vnde vi contra dominum, spoliantem se possessione feudi.

VASALLO qui spoliatus est possessione feudi, interdictum vnde vi accommodatur, quia verè possidet. *c. vnic. §. fin. de no. for. fidel.* Sed controuertitur an hoc remedium detur ei contra dominum spoliatorem. Et sunt qui putant eum hoc remedio contra dominum vti non posse, sed quod contra eum actionem in factum proponere debeat. *arg. l. 1. §. interdictum hoc. ff. de vi & vi arm.* Ita statuit *Molin. in consuetudin. Paris. tit. 1. §. 1. glo. 4. num. 35. Menoch. remed. 1. recuper. poss. num. 90.* Verior tamen & receptior est sententia etiam interdictnm vnde vi vasallis contra dominos denegandum non esse. Sic tradunt *Iacobi. de S. Georg. de feudis super verbis, & dicti vasalli, pro dictis rebus, nu. 6. Andr. de Iser. in c. imperialem. §. illud. de prohib. feud. alien. per Frideric.* Eaque sententia in supremo tribunali Germaniæ iudicando obseruatur. Ita attestatur Academia Francofurtensis, *tertio tomo varior. consilior. consil. 21.*

Sed videtur repugnare. *l. 1. §. ex interdicto. 25. ff. de vi & vi arm.* vbi traditur, quod interdicto vnde vi conuentus facinoris Reus arguatur: Vnde dominus hoc interdicto à vasallo conuentus potest excipere debitum sibi honorem non ex hiberi, quasi facinoris grauioris arguatur, quod scilicet malo more vasallo vim intulerit. Resp. Cum dominus vasallum non habet vt vasallum, vasallus non compellitur dominum habere vt dominum. *arg. cap. esto subiectus. 95. dist.* vbi dicitur, episcopi habeant clericos quasi clericos, vt ipsis episcopis à clericis vicissim debitus honos deferatur: vbi adiicitur, scitum est illud oratoris Domitii, cur ego te habeam vt Principem, cum tu me non habeas vt Senatorem.

Secundò opponitur, quod liberto in patronum interdictum vnde vi non competit. *l. 1. §. interdictum hoc. ff. de vi & vi arm.* Resp. A liberto ad vasallum perpetuò non rectè argumentamur. Vasallus itaque interdicta possessoria etiam aduersus dominum habet. Et hoc tunc maximè procedit, quando vi armatâ aduersus vasallum vtitur: hoc enim casu vasallo aduersus patronum etiam interdictum vnde vi competit, *d. l. 1. §. interdictum hoc. Vers. aliter atque. ff. de vi & vi arm.* Ita rectè & benè decidit *Borcholt. in tract. de feud. c. 9. de act. feudi. nu. 18. & 19.*

ASSERTIO XCV.

Frater fratri in feudo nouo non succedit.

IN feudo nouo frater fratri non succedit, nisi ex pacto, hoc est, nisi hoc nominatim in inuestitura sit expressum. *§. sin autem vnus. De his, qui feud. dare possunt.* Id ex eo venit, feuda acquiruntur nobis & nostris posteris tantum, his deficientibus redeunt ad dominum. Et si duo fratres simul ab initio de vno eodemque feudo inuestiti sunt, vel simul habitantes communiterque viuentes, vnus eorum feudum acquisierit, tamen alter alteri non succedit. *c. vnic. §. duo fratres. de frat. de no. benef. inuest. c. 1. §. filia. de success. feudi.*

Quod tamen fallit, si feudum de nouo concessum indiuisibile sit: vt si iurisdictio, ius patronatus, ius venandi, piscandi, vel aliud ius incorporale in feudum concessum sit. *Iaco. de Belui. Bald. & Aluarot. in d. §. si duo fratres.* Si quoque nouum feudum duobus fratribus vel pluribus, & singulis insolidum concessum fuerit, domino excluso, non decrescendi iure alter alteri succedet, id est eo iure, ne superstiti fratri aliquid decrescat. *Bald. in c. vnic. de success. feudi. per l. creditor. 60. §. duobus. ff. Mandati.* Tertiò fallit in duobus fratribus inuestitis hoc pacto, vt ipsi & post eorum mortem filii etiam habeant feudum tunc enim & frater fratri succedit. *c. vnic. de duob. frat. à Capita. inuest. Iaco. de Beluis. lib. 1 feud. tit. 1.*

Sed in hac quæstione occurrit difficilis antinomia. Nam *in c. vnic. de benef. frat.* statuitur, quod si fratres de communibus bonis feudum emerint, quod tunc frater fratri succedat. E contra *in c. vnic. §. quod si. de fratr. de no. benef. inuest.* deciditur, quod si à fratribus communi pecunia feudum sit acquisitum, ne tunc quidem fratrem fratri succedere. Hotomanus putat, diuersis feudorum auctoribus diuersum placuisse, & ita relinquit hoc in casu ius feudale dubium incertum, sicut in plurimis ferè locis iura feudorum potius euertit quam concordat vel illustrat. Verùm cum bono interpreti potius conueniat iura in specie pugnantia conciliare, quam nouas contrarietates effingere, ita commodè hoc dissidium componi potest. Aut frater de communibus bonis emit feudum sciente domino, & hoc casu frater fratri succedit. Ita disponit. *c. 1. de benef. frat.* Aut verò ignorante domino emtum est feudum ex communibus bonis à fratribus, & tunc frater non succedit fratri, restituitur tamen fratri superstiti pars pecuniæ eum contingentis Atque ita accipi debet. *c. vnic. §. quod si. de frat. de no. benef. inuest.* Eamque conciliationem suppeditat ratio adiecta *in d. § quod si.* ne inuito domino

domino alius acquiratur vasallus, quam quem voluerit, vt ita scientia & taciturnitas domini illa conditione feudi videatur importare voluntatem domini. Ita eleganter & exactè tradit *Vulte. de feud. c. 9. de modis acquirendi feudi. num.* 05. *&* 106. Hæc obtinent in fratrum successione in feudo nouo. In veteri feudo rectè succedunt fratres, nam descendunt simul ex persona primi auctoris, feuda autem acquiruntur posteris. *c. vnic. §. his verò deficientibus. de success. frat.*

ASSERTIO XCVI.

Vasallus feudum refutare potest sine consensu domini.

QUÆSTIO elegans est, an feudum refutari possit sine consensu domini, si vasallus domino vel agnatis proximis velit feudum cedere. Et prima facie videtur non posse, quia inter dominum & vasallum nascitur vltrò citroque obligatio, vnde contractus appellatur. *l. Labeo. 19. de V. S.* qui sine vtriusque contrahentis consensu solui non potest. Sed his non obstantibus verius est eum feudum refutare posse. Ratio est, quia vasallus obligatus est domino propter rem magis quam personam, *arg. l. cum fructuarius. 64. ff. de vsufr.* vbi dicitur, si vsufructuarius paratus est derelinquere vsumfructum, onera propter eum imposita sustinere non cogitur. Ergò similiter cessat obligatio vasalli in feudo, desinendo rem possidere, non minus ac in fructuario: quia vasallus valdè similis est vsufructuario. *c. 1. in fin. In quib. caus. benef. amit.* Quinimò textus apertus est *in c. 1. de vasal. qui cont. constit. Lothar.* quod vasallus inuito domino feudum renuntiare possit. Sic enim verba textus habent. Vasallus etiam sine voluntate domini rectè feudum refutare potest. Feudum enim principaliter conceditur in fauorem vasalli, ergo ipse potest fauori pro se introducto renuntiare. *l. penul. C. de pact.* Non tamen debet vasallus post refutationem feudi offendere dominum, hoc est, non poterit aduersus eum militare, licet non cogatur ei seruitium præstare: quia veteris beneficii memoria non debet aboleri. *d. c. 1. de Vasal. qui con. constit. Lothar.* Hinc sequitur, si quis refutaret feudum antiquum, proximis agnatis cedendo, cessionem valere. *lib. 2. feud. tit. 39. de alien. feud. pater.* Vide amplius de hac quæstione differentem *Fachinaum lib. 7. contro. c. 60.*

ASSERTIO XCVII.

Feudo alicui, inconsulto domino, extra familiam legato, ne quidem æstimatio debetur.

QUÆRITVR, an si feudum alicui extraneo vasallo legetur extra familiam, qui aliâs successurus non erat in feudo, an saltem debeatur æstimatio. Et verior videtur probabiliorque sententia, ne quidem æstimationem deberi. Sic decîdit *Fachin. lib. 5. contro. c. 37.* Idque per subsequentes textus & rationes confirmatur. Primò quod nulla ordinatio in feudo defuncti rata permaneat vel valeat. *c. 1. de feud. success. in princ.* Secundò quod refragatur tex. expressus *in §. donare. Qualiter ol. feud. alie. pot.* vbi traditur, quod nec feudum pro anima legari possit, & consequenter nec debetur æstimatio, *arg. §. non solum. Inst. de legat. l. apud Iulianum. §. constat. de leg. 1.* Adducitur & illud, quod ius testatoris in feudo morte eius extinguitur. Atqui tali casu, cum iuris merè personalis & cum defuncto perituri sit vlterior concessio, ea inutilis est, vt responsum est à Papiniano *in l. quod in rerum 24. §. 1. de leg. 1. l. vxor patrui. 20. de legat.* Et per consequens nec æstimatio deberi potest, ne videamur implicare contradictionem dicendo legatum invtile esse, & simul vtile ratione æstimationis.

Sed aduersatur. *l. non dubium* 14. *§. 1. de legat.* 3. vbi traditur, quod si quis rem alienam legauit, & dominus eam vendere nolit, vel immodico pretio vendere velit, quod tunc iusta æstimatio debeatur. Idem traditur *in §. non solum 4. Inst. de l. gat.* Sed hoc argumentum non pugnat. Nam res aliena non est omninò extra commercium, sed eius legandi & disponendi potestas est etiam non domino, quo ad id saltem, vt heres vel eam à domino redimere cogatur, & præstare legatario, vel eius justam æstimationem. At verò cum feudum extra familiam suam vasallus alienare non possit, neque extraneo eius possidendi ius sit, adeò legatum eius invtile est, vt ne quidem æstimatio debeatur. per regulam traditam *in l. cum seruus. 39. §. vlt. de legat.* 1. Quod quando aliquid legatur, quod non est in commercio legatarii, tunc nec debetur æstimatio. Ita decidunt *Curtius in tract. feudo. par. 4. num. 126. Præses Euerar. in loco à feudo ad emphyt. num. 16.*

Secundò obijcitur. *l. 114. §. si quid alicui. de leg.* 1. vbi Martianus inquit, si quid alicui licitè fuerit relictum, quod ipse quidem propter corporis sui vitium,

itium, vel propter qualitatem relicti, vel aliam quamcunque probabi-em causam habere non potuit, alius tamen hoc habere potuit, quanti olet comparari, tantam æstimationem deberi. Ergo cum vasallus extra-neo legat feudum, qui eius relicti non est capax, tamen debetur ei æsti-natio feudi. Resp. In illa l. non fuit res legata, quæ non erat in commer-io legatarii, sed talis res relicta est, quam licitè & iustè habere potuit le-gatarius, verum ex probabili aliquâ causâ, veluti corporis vitio, aut pro-pter aliquam legati qualitatem, citra culpam suam fuit legati incapax, eo casu debetur legati æstimatio. Aliud est in feudo citra consensum domi-ni à vasallo extra familiam relicto, quia hoc casu vel agnatis, ad quos esset feudum ex inuestitura peruenturum, vel ipsi domino, ad quem esset feu-dum reuersurum, præiudicaretur. Adde his, quod nulla defuncti ordinatio in feudo valet, quod si omninò non valet, nec quidem debetur æstima-tio ei, cui feudum testamento est relictum. *c.1. de success. feud. c.1. §. donare. Qual. olim feud. aliena pot.* Ita decîdit *Fachin. d. loco.*

ASSERTIO XCVIII.

Pater vni ex filiis feudum prælegare non potest.

CONFIRMATVR hæc decisio primò per *c.1. de success. feud.* vbi sta-tuitur, quod nulla ordinatio defuncti in feudo valeat. Ergo nec illa valet, qua vni ex filiis pater feudum prælegauit. Secundò hoc argu-mento comprobatur. Nemo potest legare ius, quod morte suâ peritu-rum est. *l. vxor patrui. C. de legat. l. quod in rerum. 24. § si vsumfructum. ff. de legat. 1.* Atqui jus quod pater in feudo habet, morte sua extinguitur, & aliis defer-tur, qui ex prima concessione vocati sunt. Ergò non potest pater de feudo ita disponere, vt vni filio illud relinquat, in præiudicium reliquorum. Ter-tiò omnes filii æqualiter in feudo succedunt. *d. c. 1. de success. feud.* Ergò non licet patri aliter disponendo, testamento efficere, vt vnus tantum ex filiis succedat, sed nihilominus filii reiecta dispositione patris in feudo æqua-liter succedent. *arg. No. 2. & 22.*

Pro contraria sententia, quod scilicet pater possit prælegare feudum vni ex filiis, adferuntur hæc argumenta. Primò ius patronatus descendit in omnes liberos patroni æqualiter. *l. vt iurisiurandi. 7. §. vt liberi. 2. ff. de oper. li-ber.* & tamen potest vni ex filiis adsignari, aliis exclusis. *l. 1. ff. de assig. liber.* De-inde si quis rogatus sit aliquid familiæ relinquere, potest vnum eligere ex familia,

familiâ, cui relinquat. *l. vnum ex familia. 67. de leg. 2.* Sed respondetur quod argumentum de jure patronatus ideò non obstet, quod pater de jure patronatus testari prohibitus non est, sicut de feudo prohibetur testari vasallus: imò testamento libertum adsignare potest. *l. vlt. ff. de assig. liber.* Similiter nec ille qui rogatus est aliquid familiæ relinquere, prohibetur de eo testari, dummodò vnum ex familia eligat, cui relinquat. *l. pater. 38. §. quindecim. de leg. 3. l. voluntas. C. de fideicom.*

Secundò videtur obstare *c. 1. §. omnes filii. Si de feud. def. conten. sit inter dom. & agna.* vbi traditur, quod si feudum ex diuisione ad vnum ex filiis peruenit, ille solus tenetur fidelitatem domino præstare. Vnde videtur colligi, quod valeat dispositio patris, quâ vni ex filiis feudum testamento assignauit. Resp. Licet patri hoc modo hæreditatem suam inter filios diuidere vt feudum vni assignet, aliis verò filiis alia bona allodialia: sed non quasi testatoris illa dispositio valet, sed tanquam pactio voluntaria fratrum, quibus feudum inter se diuidere vel refutare licet.

Tertiò objicitur hoc argumentum. Si pater vni ex filiis feudum prælegauerit, ideò consistet legatum, quia non potest alter filius voluntatem patris impugnare, cum sit hæres, *l. ex qua persona, ff. de R. I. l. cum à matre. C. de R. V.* Resp. Non est filius, qui hoc in casu voluntatem patris impugnat, sed est lex, quæ prohibet patrem de feudo testari, & consequenter ipsum feudum prælegare. Hæc est communis DD. sententia, quod patri non liceat vni ex filiis feudum prælegare. Ita statuunt *Zaz. in 8. par. feud. in 3. part. vers. Et hanc partem, Tyraq. in retractu. consangu. §. 11. Gloss. 6. num. 23. Clarus in §. feudum, quæst. 40. Curt. de feud. par. 4. num. 132. Fachin. lib. 6. contro. c. 62.* Limitatur hæc decisio, nisi feudum acceptum esset pro se & filiis & hæredibus, & per consequens feudum esset hæreditarium, tunc enim vni ex filiis pater posset feudum prælegare, quia non potest in feudo succedere, nisi sit hæres, ideoque factum testatoris impugnare non potest *l. cum e matre. C. de rei vend.* Ita decîdit *Curtius. d. loco.*

ASSERTIO XCIX.

Feuda inter plures cohæredes diuidi possunt, etiamsi unus ex consortibus tantum voluerit.

QVÆRITVR & controuertitur inter DD. An feudi deuisio fieri possit inter plures hæredes vasalli, etiam sine consensu domini. Et in hac quæstione hæc distinctio tenenda est & obseruanda. Aut sunt

feuda

feuda regalia habentia annexam dignitatem, vt sunt, ducatus, marchionatus, electoratus, & comitatus: & hæc non recipiunt diuisionem. Itaque ditiones regales ducatuum, marchionatuum, vel comitatuum, veluti immediata imperii membra, dominio vtili, dignitate vel titulo non possunt diuidi, quamquam administratio, & emolumenta propter publicam tranquillitatem aliquando diuidantur. tex. est *in §. præterea ducatus. de prohibit. feud alie. per Frideri.* Ratio duplex est. Prima ne dignitas diuisa ad nihilum redigatur. Altera est, quia vtilius est Reipub. per vnum regi, quam per plures. *l. 2. §. nouissimè. ff. de orig. iur.* Vnius namque politia est optima, & plurimorum politia difficilè est vt bona sit, cum plures ad virtutis meritum peruenire sit difficile. Quod inter alia insigni illo Homeri testimonio comprobatur. οὐκ ἀγαθὸν πολυκοιρανίη, εἷς κοίρανος ἔστω. Multos imperitare malum est, rex unicus esto, quia Principum multitudo Reipub. est onerosa. & vt in veteri prouerbio dicitur, Multitudo Imperatorum perdidit Cariam. At feuda minora non habentia annexam dignitatem, si voluerint consortes, diuidi possunt, etiam sine consensu domini, quamuis vnus tantum ex cohæredibns ad diuisionem prouocet. *d. §. præterea ducatus. §. omnes filii. Si de feud. def. conten. sit inter dom. & agn.* Ratio huius decisionis est, ne cohæredes & consortes inuiti cogantur in communione manere, quia communio multas solet excitare discordias. *l. cum pater. §. dulcissimis. de leg. 2.* Ita decidit & concludit *Gail. lib. 2. Obseruat. c. 153.*

Duo huic conclusioni videntur aduersari. Primò quod in feudis omnis alienatio inconsulto domino facta est prohibita. *c. imperialem. de prohib. feud. alienat. per Frider.* Sed diuisio est species alienationis. *l. 1. C. Com. utr. iud.* Ergo & illa jure feudorum prohibita censetur. Resp. Voluntaria alienatio feudorum tantum est interdicta, non verò necessaria, quam inuitus quis facere cogitur, vti est diuisio: ad quam hæres à cohærede prouocatus necessariò cogitur. *l. Iulianus 13. §. idem Celsus. ff. de act. empt.* Deinde diuisio potius est quædam refutatio & renunciatio feudi, quam alienatio.

Secundò contra id quod statuitur feudi diuisionem fieri posse, etiamsi vnus tantum ex cohæredibus prouocet ad diuisionem, valdè aduersatur textus *in d. §. Præterea ducatus.* vbi textus ita habet, Aliud verò feudum si consortes voluerint, diuidatur. Ibi videtur affirmari ita demum posse fieri diuisionem feudi, si omnes consortes voluerint atque consenserint ut diuisio fiat. Verior tamen & crebrior est DD. sententia, ad divisionem feudi sufficere unius ex cohæredibus consensum & prouocationem, & quod reliqui cohæredes prouocati cogantur vnius cohæredis voluntatem in facienda diuisione sequi. Ratio est, quia nemo inuitus cogitur in communione manere, *l. vlt. C. Com. diuid.* nec contrarium jure

feudiſtico eſt receptum. Ergo jus commune eſt ſeruandum.

Nec obſtant illa verba. Si conſortes voluerint, quia ciuiliter exaudienda ſunt, hoc eſt, ſi omnes conſortes voluerint, vel aliquis eorum ad diuiſionem prouocauerit. Neque enim quis inuitus in communione detinendus eſt. Hanc ſententiam, quod feuda etiam ſine domini conſenſu inter cohæredes diuidi poſſint, etiamſi vnus tantum ad diuiſionem prouocet, amplectuntur & approbant *Alexand. conſ. 7. lib. 5. Iaſon in l. ſtipulationes non diuiduntur. nu. 31. de verb. oblig. Molin. ad conſ. Pariſ. Tit. 1. §. 20. num. 4. & §. 35. num. 2. Fachin. lib. 7. contro. c. vlt. Gail. d. obſeruat. 153.* vbi notat hanc opinionem ſe vidiſſe de facto fuiſſe confirmatam. Latè & pulchrè tractant hanc quæſtionem *Duaren. c. 12. feud. num. 2. Vult. lib. 1. feud. c. 8. Oldend. in topic. in loco à cauſâ generaliter.*

ASSERTIO C.

Feudi ſubſtantialia pacto tolli vel mutari non poſſunt.

SUBSTANTIALIA feudi ſunt, ſine quibus feudum conſiſtere non poteſt, quæ feudum neceſſariò comitantur, eique perpetuò adhærent. Hæc per pactum alterari vel tolli non poſſunt. Quamuis enim feuda ex pactis potiſſimum varientur, mutentur, informentur, ita vt in feudis ante omnia inſpici debeat tenor inueſtituræ, qui omni iuri & naturæ feudorum derogat, teſte *Baldo in c. vnic. de frat. de no. inueſt. arg. cap. vnic. §. vlt. tit. Per qu. ſi. inueſt.* tamen ea quæ pertinent ad ſubſtantiam feudi, pactis tolli, mutari, & infringi non poſſunt. Porrò ſubſtantialia feudi hæc ſunt. Primò quod feudum tantùm conſiſtat in rebus immobilibus, vel iis bonis, quæ vicem immobilium referunt. *c. 1. in fin. de feud. cognit.* Secundò ad ſubſtantiam feudi pertinet, vt ſit gratuitum ex beneficio. Hoc disertè comprobat tex. *in tit. In quib. cauſ. feud. amit. §. vlt.* vbi feudum definitur beneficium, quod ex beneuolentiâ dominus concedit vaſallo. Hoc pactis abrogari & immutari non poteſt. Vnde non valet pactum quo debitor paciſcitur cum creditore, vt ſi debitor ſtatuto tempore pecuniam non ſoluat, pignus cedat creditori, & illud pro feudo habeat, ſed tranſit hoc negotium in aliud genus contractus. *c. vnic. de feud. dato in vic. leg. commiſ.* vbi ſubiungitur hæc ratio, quod feudum non ſub prætextu pecuniæ, ſed amore & honore domini acquirendum eſt. Tertium ſubſtantiale feudi eſt, vt vaſallus domino fidem, honorem & obſequium præſtet: fidelitas namque eſt de

ſubſtantia

ſubſtantia feudi, à qua feudum nomen accepit. Vnde & vaſalli paſſim fideles in libris feudorum appellantur. Ideoque & fides pacto remitti non poteſt, & nullâ inueſtitura ei fieri debet, qui fidelitatem facere recuſat. *c.vnic.§.fin. Per qu.fi. inueſt.*

Sed huic concluſioni pleraque juris feudalis loca aduerſantur. Nam primo ſtatuitur *in d.c.vnic.§.fi. Per qu.fi. inueſt. & tit. Qua fu.pri.cau. benef.amit.* quod illud pacto rectè effici poſſit, quod juramentum fidelitatis à vaſallo non præſtetur, quod tamen ad ſubſtantiam feudi omninò pertinere videtur. Ad hæc de natura feudi eſt, vt frater fratri in nouo feudo non ſuccedat, cum ex communi iure feuda acquirantur nobis, & noſtris poſteris tantum. At tamē pacto rectè cauetur, vt etiam ſucceſſio noui feudi ad fratrem perueniat. *c.vnic.§.ſi duo fratres. de frat.de no.benef.inueſt.c.vnic.§.fin.de ſucceſſ.feud.* Denique videtur & hoc eſſe de ſubſtantia feudi, ne mulieres in eo ſuccedat. *c.1.de ſucceſſ. feud. c.1. de alien.feud.* Attamen & hoc rectè pacto mutatur, ſi vel muliebre eſt feudum, vel ſi maſculinum ſit, pactum acceſſerit de fœminarum ſucceſſione. *c. vnic. De eo qui ſibi vel hæred.ſuis.c.vnic.de feud.fœm.* Ad has obiectiones ita reſpondendum, quod diſtinguere oportet inter ſubſtantialia & naturalia feudi. Subſtantialia feudi dicimus, quæ feudum comitantur neceſſariò, naturalia quæ probabiliter & plerumque, Pacta non valent contra ſubſtantiam contractus feudi, at valent contra naturam feudi, quia res ſine ſubſtantia eſſe non poteſt, at à natura ſua recedere poteſt Sic exempli gratia venditionis ſubſtantia conſiſtit in merce, pretio & conſenſu. *§.1.Inſt.de emp.& vend.* Natura venditionis eſt venditorem teneri de euictione, & emtorem de periculo rei venditæ, etiam ante factam traditionem. *l.ex emto.11.ff.de act.empti.tot.tit.de peri.& com.rei vend.* Sine ſubſtantialibus res eſſe non poteſt, at verò ſine naturalibus res rectè conſiſtere poteſt. Non valet igitur pactum ne pretium detur in venditione. *l.cum in venditione.36.ff.de contr.emt.* At valet vt venditor teneatur de periculo rei venditæ. *l.1.ff.de peric.& com. rei vend.* Item ne teneatur venditor de euictione. *d.l.ex empto.* Sic etiam in feudis iuramentum fidelitatis pacto remitti poteſt, ipſa fides verò remitti nequit. *d.§.ult.tit.Per qu.inueſt.* Nam fidem præſtare ſubſtantiam feudi reſpicit, iuramentum fidelitatis naturam tantum concernit, nec propterea cenſetur remiſſa fides, ſi remittatur iuramentum fidelitatis. Similiter eſt de natura feudi, vt fœminæ non ſuccedant in feudis, quia non poſſunt dominum in bello adiuuare, & ſeruitia militaria præſtare, propter quæ feuda plerunque dantur. *tit. Quæ fu.pri. cauſ. benef.amit.* Attamen pacto nihilominus rectè cauetur, vt fœminæ in feudo ſuccedant. Quo caſu fides mulieris electa cenſetur, nō vt ipſa ſeruiat, quod nō poteſt, ſed in alio diligenter ex bonaq; fide ſubſtituēdo per quē ſeruiat.

Denique & hoc pertinet ad naturam feudi noui, ne succeſſio eius deuoluatur ad fratrem, ſed potius ut ad poſteros ſeu liberos vaſalli pertineat: non verò ſubſtantiam feudi reſpicit. Vnde & hæc proprietas feudi pactis contrahentium mutari & variari poteſt. *c.vnic.de frat.de no.benef. inueſt.* fiuntque per hæc pacta feuda impropria, ſicut & iure communi ea quæ pertinent ad naturam contractuum, pactis rectè variantur & mutantur. *l.pacta.72.ff.de contr.emp. l.contractus.23.ff.de R.I.l.1.§.ſi conuenit.ff. depoſiti.*

FINIS.



TRACTATVS BREVIS PERSPICVVS ET SVCCINCTVS, DE PRIVILEGIIS STVDIOSORVM, DOCTORVM, ET PROFESSORVM.

Auctore

EVERARDO BRONCHORST
Daventriensi, IC.



LVGDVNI BATAVORVM
Ex officinâ IACOBI MARCI,
Typographi Collegij Ill. Ordinum.

clↃ. IↃ. CXXI.

NOVA CONSTITVTIO IMP. FRIDERICI.

Imp. Fridericus regni sui fidelibus.

HABITA quidem super hoc diligenti inquisitione, episcoporum, ducum, abbatum, omnium iudicum, & aliorum procerum nostri sacri palatij examinatione, omnibus qui causa studiorum peregrinantur scholaribus, & maximè divinarum atque sacrarum legum Professoribus, hoc nostræ pietatis beneficium indulgemus, vt ad loca, in quibus exercentur literarum studia, tam ipsi, quam eorum nuntij veniant, & in eis securè habitent. Dignum nanque existimamus, vt cum omnes bona facientes, nostram laudem & protectionem omnimodò mereantur, quorum scientia totus illuminatur orbis, & ad obediendum Deo, & nobis eius ministris, vita subiectorum informatur, quadam speciali dilectione eos ab omni iniuria defendamus. Quis enim eorum non misereatur, qui amore scientiæ exules facti, de divitibus pauperes semetipsos exinaniunt, vitam suam multis periculis exponunt, & à vilissimis sæpè hominibus (quod graviter ferendum est) corporales sæpè iniurias patiuntur? Hac igitur generali, & in perpetuum valitura lege decernimus, vt nullus de cætero tam audax invematur, qui aliquam Scholaribus iniuriam inferre præsumat: aut ob alterius cuiuscunque Provinciæ delictum sive debitum (quod aliquando ex perversa consuetudine factum audivimus) aliquod damnum eis inferat. Scituris huiusmodi sacræ constitutionis temeratoribus, & ipsis etiam locorum rectoribus, qui hoc vindicare neglexerint restitutionem rerum ablatarum ab omnibus exigendam in quadruplum, notaque infamiæ eis ipso iure irroganda, dignitate sua se cárituros in perpetuum. Veruntamen si aliquis eis litem aliquam super aliquo negocio movere voluerit, huius rei optione data Scholaribus, eos coram domino, vel magistro suo, vel ipsius civitatis Episcopo, quibus hanc iurisdictionem dedimus, conveniat. Qui verò ad alium iudicem eos trahere tentaverit, etiamsi causa iustissima fuerit, à tali conamine cadat. Hanc autē legē inter imperiales cōstitutiones, scilicet sub titulo, ne filius pro patre &c. inseri iussimus. Datum apud Roncalias Anno Domini M.C.LVIII. mense Novembri.

TRACTATVS BREVIS, DE PRIVILEGIIS STVDIOSORVM ET DOCTORVM.

Præmissa brevi & dilucida explicatione, AD

Auth. Habita C. Ne Filius pro Patre.



OBILIS est *hac Auth.* & vt refert Salyc. hic, digna quæ aureis literis scribatur, in qua Imperator Fridericus primus cognomento Ænobarbus, seu Barbarossa, tria insignia priuilegia, Doctoribus, Professoribus, Magistris, omniumque liberalium, artium & scientiarum studiosis concedit. Adijcitur præterea præclara bonarum literarum commendatio, quod nimirum doctorum hominum scientia totus illuminatur orbis, quodque per literas & studia, subditorum mores ad honestatem & virtutes informantur, vt Deo ac Magistratibus promptè obediant, ita vt totius ciuitatis vera fœlicitas in doctrina literarum consistat.

PRimum Priuilegium est, quod Studiosi non tenentur, pro suis personis, vel libris, vestibus, alijsque rebus, quas studiorum gratia ad Academiam aduehunt, vel inde avehunt, vlla pedagia, seu vectigalia exsoluere. I. Priuileg. vt Studiosi liberi sint à vectigalibus.

Quod ex eo probatur, quod *textus huius Auth.* dicat Studiosos posse ad loca in quibus excercentur studia, securè venire, & ibidem securè habitare, Hanc sententiam veniendi interpretantur D D. ex emtionem

nem soluendorum vectigalium. Et rectè nam alioqui illud jus nullos speciales effectus haberet, cum alijs quoque omnibus concedatur securitas veniendi & proficiscendi ad publicas Scholas seu Academias, nedum literarum Studiosis, *l.congruit 13. ff. de offic.præs.* Itaque cum priuilegia omnia ita interpretanda sint, vt aliquid operentur præter jus commune, ne frustra lata esse censeantur, *arg. l. si quando 109. in principio de leg. 1. l. 1. ff. ad municip.* rectè inde colligitur à vectigalibus seu portorijs alijsque oneribus Studiosos, & eorum libros, vestes & reliqua supellectilia esse immunes. Ita tradit *Gloss. ordin. h. in verb. speciali.* quam approbat *Baldus h. num. 4. Salyc. & communiter* DD.

Idem confirmatur per *l. vniuersi C. de vectigal. & commerc.* vbi dicitur, quod pro ijs rebus quæ ad vsus proprios deferuntur, non soluitur vectigal. Atqui Scholares deferunt libros in Academiam in vsus proprios, scilicet ad incrementum & profectum studiorum. Ergo pro ijs non debet solui pedagium, vectigal, vel gabella. Pulchrè *Rebuff. de priuil. Studios. Priuileg. 146.*

Pœna publicanorum exigentium à Studiosis vectigal.

Porro sciendum, quod si Publicani cogant Studiosos soluere vectigal, perdunt priuilegia, si quæ habent, text. singul. *in c. dilecti. 4. ext. de Privil.*

Præterea pœna capitali, id est deportationis seu exilij puniuntur. *d. l. vniuersi. l. penult. C. de nauicul. lib. xi. tit. 1. Rebuff. Priuileg. 148. in tract. de Priuil. Studios.*

II. Privileg. ne Studiosi patiantur Repræssalias.

IIum Priuilegium est, quod nullus debeat Studiosis inferre iniuriam, nec ob alterius delictum aut debitum, damno eos grauare, hoc est non possunt Studiosi, aut eorum bona capi pro Repræssalijs, nec pro alienis debitis possunt arrestari.

Casus hic accidit aliquando in persona *Ægidij Elzevirij Filij Pedelli,* qui pro debito Illustrissimorum Ordinum huius Patriæ fuit arrestatus *à Vicario Regis Daniæ Ranzovio.* A quibus repræssalijs liberauit eum Senatus Academicus datis ad Dominum Ranzovium literis: quibus nomine Rectoris Academici ad eum scribebatur, vt eum ab arresto & repræssalijs liberum dimitteret, si quidem Studiosi, Pedelli, aliaque Academiæ membra, pro alienis debitis capi prehendi & detineri non possunt.

Adijcitur

Adijcitur *in hac Auth. in verſ. ſcituris*, hæc pœna, quod huius Priuilegij violatores, item judices hoc vindicare negligentes reſtituant Studioſis ablata in quadruplum, atque infamia notentur, careantque dignitate & officio ſuo in perpetuum. Pœna triplex in eos qui excercent in Studioſos Repræſſalias.

Præterea notandum, quod hæc Priuilegia Studioſis conceſſa, etiam extendantur ad eorum Famulos, Pedellos, Nuncios, Notarios, Bibliopolas, & Typographos Academiæ. *text. h. in princ. in verb. tam ipſi quam eorum Nuncij. facit. l. non alias. 24. §. 1. ff. de iudic.* Extenſio Priuilegij.

Ratio eſt, quia hiſce perſonis Studioſi carere non poſſunt, & ſine horum miniſterio non poteſt commode Academia gubernari vel adminiſtrari.

III. Priuilegium eſt, quod qui litem inferre vult Studioſis debet eos apud Rectorem Vniuerſitatis, vel Epiſcopum loci, ſi hoc maluerint Studioſi, conuenire. *text. h. in verſ. Veruntamen. concordat. §. vlt. in præfatione Digeſtorum.* III. Priuil. vt conueniantur Studioſi coram ſuo Rectore.

Itaque coram ordinario judice vel prætore iſtius ciuitatis in qua Studioſi Academiam frequentant, non ſunt conueniendi, quia Prætor vel Præfectus vrbi in eos non habet juriſdictionem, ex hac conſtitutione.

Qui vero Studioſos ad alium judicem traxerit, etiamſi cauſa juſtiſſima fuerit, ea priuatur, h. e. litem amittit, *text. h. in verſ. veruntamen.* Idem ſtatuitur *in Clericis. Auth. ſtatuimus*, vbi eſt *text. elegans. C. de Epiſc. & Cler.* quod ſcilicet qui trahit Clericum ad judicem incompetentem, cauſa cadat; Et aliàs pro regula generali traditur, quod trahens aduerſarium ad judicem incompetentem, cauſa cadat. *l. in criminali. 5. C. de iuriſd. omni. iudic.*

Sed an hoc Priuilegium etiam in cauſis criminalibus concedatur Studioſis? dubitatur. Et dicendum, quod Studioſi in criminalibus quoque cauſis, non poſſunt apud alium Magiſtratum, quam Rectorem accuſari & puniri. Ita *Accurſ.* ſtatuit *hic in verb. litem.* Eaque eſt communis DD. opinio *teſte Oldendorpio. in libello de iure ſingulari cap. 4. de Priuileg. Profeſſorum.*

IV. Priuil. quod Studiosi & Professores immunitatem habent à ciuilibus muneribus.

His adjungendum VI^tum^ Priuilegium, quod scilicet Professores DD. & Studiosi ab omnibus muneribus personalibus, & quibusdam patrimonialibus vacationem habent, vnde non potest de jure ipsis imponi collecta. *l.1. & l.2. C. qui ata. vel professs. se excus.* vbi deciditur, quod Studiosi maximè iuri operam dantes, habent immunitatem à muneribus personalibus vsque ad annum vicesimum quintum. *lib.10. t.49. l. medicos & ibi Bartol. de Profess. & medic. lib.x. C. tit.52.* Hinc & hospitis recipiendi necessitas, & angariarum præstatio (h. e. jumentorum, plaustrorum, vel nauium ad vsum publicum transvectio) liberalium artium & scientiarum Professoribus DD. atque Studiosis sunt remissa. *l. vlt. §. vlt. ff. de mun. & honor. l. ab his. 10. ff. de vacal. mun.*

Vnde & ex statutis huius Academiæ Leydensis Studiosi exteri scilicet non ciues non tenentur ad excubias diurnas, vel nocturnas, vel ad custodiam portarum ciuitatis, nec ad onus recipiendi hospites in suis domibus. Huc valde pertinet. *l.2. C. de incol. lib.x. tit.39.* vbi dicitur, Quod qui Studiorum causa in aliquo lòco degunt non sunt incolæ, id est ad onera ciuilia non vocantur, neque parentes qui ad eos frequenter commeant, nisi ibi DECENNIVM consumpserint, tunc enim non sunt amplius Scholastici, sed incolæ.

Limitatio. I.

Cessant hæc Priuilegia in Studiosis qui quinquennio ab Academia abfuerunt, quia tanto tempore Studiosi absentes perdunt priuilegia. *arg. l. penult. & vlt. C. de com mea. lib.12. tit.43. l.2. C. de primicer. lib.12. t.7.* Intra quinquennium autem Studiosi, licet absentes, retinent sua Priuilegia, quia censentur habere animum reuertendi. *arg. l.5. in fin. ff. de captiv. Bald. hic. nu.22. Fac. l. si quis C. de domest. & protest. lib.12. tit.17.* vbi dicitur quod qui quinquennio à publicis muneribus abest, tanquam deses, omni dignitate spoliari debet. fac. *l. vlt. C. de aduoc. diuers. iud.* vbi Justinianus Imperator constituit, quod si Advocatus vltra quinquennium abfuerit, de matricula penitus aboleatur. Pari modo si Studiosus per quinquennium ab Academia abfuerit, & eo tempore elapso ad eandem fuerit reuersus, pro Studioso non habetur, nisi de nouo immatriculetur.

Denique non fruuntur hisce Priuilegijs Scholares, Vagabundi, qui non audiunt publicas lectiones, quia non funguntur officio Scholarium.

rium. *arg. l.1. C. de tyron. lib.12. tit.44.* vbi dicitur quod nullus tyro vagus accedet ad militiam, nam vagabundus Scholasticus rarò fit Magister, vt ait *Gloss. in d.l.1.* & notat *Cynus in l.4. C.de sponsal.* quod non sunt Scholares qui habent oculos ad fenestras, os ad bechirum, libros ad Hebræos. Debet ergo Studiosus continuò & assiduo labore inuigilare studijs secutus illud ICti Ioannis Fabri præceptum,

Si quis forte velit Iuris-Consultus haberi
Continuet studium, velit à quocunque doceri
Invigilet nec vincat eum tortura laboris
Fortior insurgat, cunctisq; recentior horis.

Moueat quoque eos exemplum ICti *Ioann. Andreæ qui ad Specul. in tit. de salarijs. §. sequitur,* dicit se quinquaginta annos juri studuisse, *& Baldi I C.* qui in proemio feudorum se quadraginta annos Juris studio operam dedisse refert. Cato tanta legendi auiditate tenebatur, vt nunquam satiari posset, sed in curia semper legere solebat, dum cogeretur Senatus, facit huc illud vulgatum apopthegma, quod Studiosus juris, debet habere ferreum caput, plumbeas nates, & auream crumenam. Denique meminerint eius sententiæ quam dixisse fertur *Iulianus, in l. apud 20. ff.de fideic.libert.* Ego discendi cupiditate, quam solam vivendi rationem optimam in octauum & septuagesimum ætatis annum duxi, memor sum eius sententiæ, qui dixisse fertur, καν τ̓ ἕτερον πόδα ἐν τῆ σώρῳ ἔχω, ἐπι προσμαθεῖν βουλοίμην.

Vtum Priuilegium est, quod Studiosi conuenti in foro Academico, non coguntur dare extraneos fideiussores, sed sufficit dare alios Studiosos & vades, licet ipsi sint ad conueniendum difficiles. *text. in l.vlt. C. de priuileg. scholar.* vrb. Romæ *lib.12. tit.30. Rebuff. de Priuil. Studios. priuil.171.*

V Itum Priuilegium est, quod Scholaris non finito tempore locationis recedens de domo conducta, propter pestem vel aliam iustam causam, non tenetur ad pensionem totius anni, etiamsi illam domum vel cubiculum illud per integrum annum conduxit, sed temporis solius quo illam domum vel illud cubiculum inhabitavit, *l.habitatores.27.§.fin. ff.loca. Rebuff. de priuileg. Studios.x1.* Ratio est, quia pestis est fugienda c. negotiatorem Clericum fuge veluti quandam pestem.*distinct.*88.

Et Medicorum est consilium.

Hæc tria præcipuè tollunt aduerbia pestem
Longè, citò, tardè, cede, recede, redi.

Menoch.remed.x.recup.possess.nu.106. Couarru. in practic.quæst.cap.30.nu.3. Borcholt.in tract.de feud. cap.8.nu.2. per *d.l.habitatores.§.fin.* vbi dicitur, quod si inquilinus ante finitum conductionis tempus emigrauit ex domo conducta, non debet mercedem soluere, si iusta fuit timoris vel periculi causa.

VII. Priuilegium est quod pater potest compelli administrare sumtus Studiorum, filio suo volenti studere. *l.de bonis 6.§.non solum.ff.de Carb. edict.* cuius verba sunt, non solum præstari alimenta debent pupillo, sed etiam in studio & alias impensas debet impendi pro modo facultatum. *l.Macedoniani.5,C.ad S C.Macedon.* Pulchrè *Rebuff. d. loco.priuil.55.l. qui filium.ff. vbi pupill. educ. deb.* Facit illud sapientis *Catonis*,

Cum tibi sunt nati, nec opes, tunc artibus ipsos,
Instrue quo poßint inopem defendere vitam.

Intellige autem parentes tantum posse compelli vt curent liberos institui quoad Grammaticam, seu vt curent liberos scribere & legere, cum ista disciplina sit homini necessaria, in legibus vero & iure Ciuili non tenetur pater dare erudiendum filium, nisi hoc exigat qualitas ingenij, & quantitas bonorum. Quod judicis arbitrio relinquetur. *Rebuff. d.loc.*

VIII. Priuilegium est quod filius non teneur sumptus à parentibus in studia collatos post mortem eius conferre, sed habebit eos præcipuos. *l. quæ pater.50. ff. famil. ercisc.* Similiter quod pater expendit in promotionem, puta Doctoratum vel Magisterium filij, hoc filius habebit præcipuum, nec tenetur cum fratribus aut sororibus conferre, *l.1.§. nec castrense,ff.de collat. bonor.* Eodem modo si filius familias scholaris viuo patre debita studij causa contraxit, mortuo patre non tenetur cum alijs fratribus succedens, de sua parte totum debitum exoluere, sed satisfieri debet de communi hæreditate, tanquam æs alienum patris vel hæredum, *l.si filia. 20. §. idem scribit. & §.Neratius.ff.famil. ercisc.Rebuff. d. loc. priuileg.59.* Expensæ verò Studiorum patre mortuo factæ non debent à fratribus ex communi hæreditate persolui, sed debet eos filius ex proprijs bonis præstare & satisfacere. *l.Lucius §.* idem respondit. *vbi Bart. ff. ad Munic.l.1.§.sed an.ff.de collat.bono.l.ex parte §.filius.& l.si filia.ff.Fam.ercisc.Wesenb. consil.80. num.vlt.*

IX. Pri-

IX. Priuilegium est, quod si filiusfam. cum voluntate patris in Scholis existens accepit pecuniam mutuo, etiam patre inuito, hoc mutuum poterit à patre repeti. *l. item si filiusfam. 7. §. proinde ff. ad S C. Macedon.* Dummodo non excedat filius eam quantitatem, quam pater solebat filio subministrare. *d. §. proinde.* Et sic fauore Studiorum cessat S C. Macedonianum in Studiosis. *l. Macedoniani. 5. C. ad S C. Maced. fac. l. si longius. 18. in fine. ff. de iudic. in verb. ne egestate laboret filiusfam. viaticulo suo non recepto*, quod ad sumptum Studiorum pater ei destinauerat.

X. Priuilegium est, quod Studiosus capi, vel abduci captiuus ex Academia vel Schola publica non potest, *arg. c. quisquis & constituimus 17. q. 4.* vbi dicitur quod domus Episcopi habet immunitatem, quod inde captiuus abduci non possit. Vnde hoc fortius procedere debet in loco Academico. Pulchrè *Rebuff. de Priuileg. Studios. priuil. 102.* Vbi id varijs argumentis & consuetudine receptum probat, aitque ob id quosdam satellites, qui Studiosum ex Academia extraxerant, suspensos fuisse in Academia Tolosana. Excipitur crimen hæreseos, & læsæ Maiestatis. *c. 1. de homicid. l. quisquis. C. ad l. Iul. Maiest. Rebuff. ibidem*, quia tunc potest dici: Ab altari euelles eos, vt moriantur.

XI. Priuilegium est, quod licet filiusfamilias non possit testamentum facere, tamen Studiosi & liberalium artium Magistri, Doctores, Aduocati, Consiliarij, Notarij, licet filijfam. sint, possunt de bonis ex professione, vel patrocinijs causarum acquisitis, tanquam de peculio quasi castrensi testamentum condere. *l. vlt. C. qui testam. fac. poss. l. vlt. §. de alijs. C. de inoff. testam.* Ratio est quia filijfam. in castrensi peculio vel quasi, vice patrisfamilias funguntur. *text. & Gloss. in l. 2. ff. ad S C. Macedon.* Ideoque consequens est eos testari posse. *§. 1. Inst. Qu. non est perm. test. fac.*

XII. Priuilegium est, quod Scholares, qui absunt Studiorum causa extra continentia vrbis, pro præsentibus habentur. Vnde gaudent commodis & Priuilegijs eorum, qui præsentes sunt. *c. relatum. & c. tuæ fraternitati. 12. ex. de Cler. non resident. text. elegans in c. vlt. ex. de Magist.* Non enim abesse videntur, qui Studiorum causa absunt. *l. quæsitum. 78. de lega. 3. l Seiæ. 20. §. Pamphilæ. ff. de fund. Inst.* Et absentia Studiorum causa dicitur iusta & probabilis. *l. si longius. 18. § 1. ff. de iudic. l. nec non 28. ff. ex qu. cau. maior.* Ex hoc Priuilegio & hoc tanquam consectarium producitur, quod Scholastici siue Studiosi præbendarum

aut beneficiorum possessores, studentes in scholis vel Academiis priuilegiatis, percipiunt fructus beneficiorum suorum, quos perciperent, si praesentes essent in beneficio, *C. tuæ. de Cler. non resident. c. cum ex eo. de elect. in 6. c. vlt. ext. de magistr.* Vide Horatium lucium hoc latius explicantem *in tract. de priuil. scholar. priuil. 98. Pet. Gregor. lib. 18. de Republ. c. 7. Rebuf. in priuil. studios. priuil. 31. & 32.*

XIII. Priuilegium est, quod Scholaris potest expellere Fabrum malleo obstrepentem & pulsantem & pulsantem prope domum Scholaris, *arg. l. vnic. in fin. C. de stud. liberal. vrb. Rom. lib. 11. tit. 18.* Vbi prohibetur ne discipuli vel magistri sibi invicem obstrepant, neue linguarum aut vocum permista confusio, aures vel mentes quorundam à studio auertat. Quæ ratio etiam militat contra artificem, vel Fabrum malleo obstrepentem. Ergo & eadem Iuris decisio seruanda est. *l. illud. ff. ad L. Aquil. Horatius Lucius, de priv. scholar. priuil. 46. Bart. in l. 1. ff. solut. matr. in vlt. columm.* vbi dicit, quod ad officium Judicis pertinet, quicquid fit juxta scholas, per quod lectura impeditur vel auditores turbantur, remouere. Approbat & confirmat. hanc decisionem. *Reyger. in thesaur. iur. in loc. de artific. & mercator.*

Vnde etiam statutum in vrbe Leydensi extat, quod nulli Fabri lignarii, ferrarij, vel alij opifices, qui suo strepitu Professorum vel stustudiosorum exercitia turbare possunt intra. x x. perticas possint circa Academiam vel Scholam triuialem habitare.

XIV. Priuilegium est quod Scholares delinquentes mitius puniuntur quam alii. Quod tum demum procedit, si Scholaris excellenti ingenio & eruditione sit præditus, *per. l. ad bestias. 31. in verb. Si eius roboris, vel artificii sint, dignè Pop. Rom. exhiberi possint. ff. de pœn.*

Quam legem primum adduxit & allegavit Azo, qui cum propter homicidium plectendus esset, & iam ad supplicium deduceretur, exclamauit AD BESTIAS, AD BESTIAS. Quod Judicibus ab eo deludi existimantibus, tantum abfuit, vt gratiam sibi conciliaret, vt eorum iram ad necem vsque concitauerit, vt refert *Alciatus. lib. 9. Parergon. cap. vlt.*

XV. Pri-

XV. Priuiligium est, quod licet Actor sequi debeat forum Rei. *l.2.& 5. C. de Iurisd.* tamen Scholares actores suos debitores coram suo Rectore Academiæ conuenire possunt *text. in Auth. habita. in fi. vers. Qui vero ad alium Iudicem eos trahere tentauerit, à tali conatu cadat. Rebuff. priuil.* 162. Quod & statuto huius Academiæ expresse cauetur, dum dicitur, quod Studiosi siue actores sint siue rei, siue illis cum Studioso, siue ciue sit controuersia, non nisi Rectoris Judicium subire cogantur. Idque obseruatum in causa Studiosi cujusdam nobilis nominati Endelgeest qui Studiosus conuenit colonum suum ad soluendam pensionem prædij conducti in foro Academico, cum ipse colonus extra Academiam in pago Voorschoten habitaret.

SEQVVN-



SEQVVNTVR ALIQVOT PRIVILEGIA DOCTORVM, ET PROFESSORVM.

I.



OCTORES propter summam dignitatem, omni carceris periculo vacant, etiamsi æs alienum propter inopiam dissoluere non possint, neque bonis cedant. *l. medicos. C. de Professor. & medic. lib. 10. tit. 52.* vbi notat Bartol. DD. non posse capi personaliter, seu duci ad judicium, vel curiam, *& ibi Gloss. valde notabilis, imo addit Bart. in l. 1. C. eod.* quod extrahens Doctorem de domo sua, pœna capitis teneatur, per *d. l. medicos. Adde l. miles. 6. ff. de re iud.* vbi militibus hoc Priuilegium conceditur, quod non teneantur vltra id quod facere possunt, sed etiam eorum habenda est ratio, ne egeant, *l. sunt qui 16. cum ff. seqq. & l. inter eos. 19. in fi. ff. eod.*

At vero quod ibi de militibus statutum est, hoc extenditur ad Doctores legum, & Aduocatos. Nam hi comparantur militibus, ideoque non conueniuntur, nisi in quantum facere possunt, *per l. Aduocati. 14. & l. fori. 3.* vbi Aduocati militare dicuntur. *C. de Aduoc. diuers. Iud. Gu. Pap. qu. 388.* Imo nec pro debito capi, incarcerari, aut arrestari possunt. *Præs. Euerardi in loc. legal. in loc. à milite arm. milit. ad militem cœlest. milit. in princ.*

II.

Doctores de crimine quamuis capitali suspecti in carcere detineri non debent, sed liberantur à pœna vel custodia carceris, si fideiussores dent judicio sisti, *text. in l. si grauis. 16. l. quoties 17. C. de dignitat. lib. 12.* Idque probant interpretes, *per l. 1. ff. de custod. reor.* Quod tamen ita temperandum est, vt Reus Doctoratu insignitus, non omninò liber dimitti, sed quod loco carceris ei ex arbitrio judicis domus vel ciuitas certa cum custodia militum assignari, vel etiam remota custodia in certum locum arresto constringi debeat. Ita notat *Prosper Farrinacius in praxi criminali. tit. 4. quæst. 33. nu. 60. & seqq.*

III. Docto-

III.

Doctores quamuis de crimine suspecti & legitimis indicijs grauati, torturæ subijci non debent, *arg. l.milites.9. C. de quæst.* vbi dicitur milites non esse torquendos. Vnde colligitur neque Doctores torturæ subijciendos. Ratio est, quia omnia Priuilegia quæ militibus competunt, non propter imperitiam juris, sed dignitatis vel publicæ vtilitatis causa, etiam D D. concessa sunt. *Bart. Cyn. & Salyc. in l.1. C.de iur.& fact.ignor.* Idem quoque tenet *Cynus in d.l.milites.9. & l.4. C.ad l.Iul. Maiest.* Nam nc decuriones quidem, quorum minor est quam Doctoratus dignitas, torqueri possunt, *l.decuriones.6.C.de quæst. Idem addit.ad Gloss.expresse statuit in d.l.milites.9.C.de quæst.*

IV.

Doctores maximè legum, sicut & Aduocati, pro nobilibus sunt habendi, *l.prouidendum.7. C.de postul.* vbi Gloss. dicit, quod scientia nobilitat. *fac l.1.ff. de extraord. cognit.* vbi dicitur quod sanctissima ciuilis sapientia pretio nummario æstimari vel comparari non potest. Comprobat hoc *l.scire oportet.13.§.aliud autem.ff.de excus. tut.* vbi Scævola, Paulus, & Vlpianus, dicuntur Coryphæi. i. Principes, vnde nobilium Priuilegia etiam Doctoribus competunt. *Bart. in l.medicos. C. de profess. & medic. lib.10.* Vnde etiam Doctores, quia nobiles sunt, in delictis corporis pœna luendis mitius puniendi sunt, quam ignobiles. Sic enim quando agitur de pœna corporali, mitius puniuntur quam ignobiles. *Clar. lib.5.sent.§.fin.nu.24. per.l.aut facta 16. §.persona.ff.de pœn.l.sacrilegij 6. in princ. & §.1.ff.ad l.Iul.pecul. l.3.§.pen.ff.ad l. Corn.de sicar.l. Pædius.4. §.1. & l.vlt.ff. de incend.ruin.naufr. Couarru.lib.2. Var.resolut.c.9 num.3.*

V.

Doctores propter dignitatis seu nobilitatis prærogatiuam hoc habent Priuilegium, quod testimonij dicendi, vel jurisiurandi causa domo ad tribunal judicis vel Magistratus euocari non debent, sed ad ipsum judex quempiam mittere debet, qui jurisiurandum vel testimonium ab eo domi recipiat. *l. ad egregias.15.ff. de iureiur.*

VI.

Filij Doctorum & Professorum debent extraneis in lecturis præferri, nec aliquid pro examine aut alijs sumptibus Doctoralibus exsoluere coguntur. *l.iubemus.3.circa medium.C.de Aduoc.diuers.iudic. Præses Euerardi. Consil.193.*

 VII. Hoc

VII.

Hoc etiam Priuilegium Doctori tribuitur, quod Doctori quamuis vnico testi attestanti de peritia sui discipuli plena fides adhibetur. *l. nemini. 11. C. de Aduoc. diuers. iudicior. vbi Baldus.*

VIII.

Doctores quouis tempore & loco arma gestare possunt, *arg. l. vlt. C. de præpos. sacri cubiculi. lib. 12. tit. 5. Bart. in l. medicos C. de profess. & medic. lib. 10.* vbi dicitur, quod viri illustres possunt vti cingulo militari.

IX.

Nonò ex constitutionibus imperij in Comitijs Francofurti Anno 1577. habitis concessum est Doctoribus eorundemque vxoribus ius vestimenta ornamenta, & aureas catenas, annulosque iuxta dignitatem & Priuilegia sua gerendi. Idem confirmat *Guid. Pap. quæst. 88.* vbi notat, quod Doctores juris censeri debent nobiles, quia à Populo taliter nominantur & reputantur. Vnde etiam gestant, ZONAM vel catenam DEAVRATAM, quod non faciunt plebeij.

X.

Decimum Priuilegium est, quod Scholares & discipuli inopi Doctori & Præceptori alimenta suppeditare tenentur. Quod probatur exemplo Massurij Sabini qui propter inopiam plurimum à suis auditoribus sustentatus est. *l. 2. §. fin. ff. de Orig. iur.* Idque euidens ratio naturalis dictat, qua naturali obligatione vt benefacientibus gratias rependamus, discipuli suis præceptoribus obstringuntur. *l. sed etsi. 25. §. consuluit. ff. de petit. hered. l. Aquilius Regulus. 27. ff. de donat.* Parentibus enim & præceptoribus (vt eleganter & præclarè Seneca loquitur) non potest reddi æquiualens. Et Alexander Magnus Imper. pluris faciebat præceptorem suum Aristotelem, quam proprium patrem Philippum, quia ab hoc nascendi, ab illo bene nascendi initium sumpserat. Pulchrè Lipsius in epistolis. *Nasci vulgare est benè institui, altera vita est.*

XI.

Vndecimum Priuilegium est, quod Doctores immunes sunt ab omnibus oneribus & muneribus publicis & ciuilibus. *l. medicos. C. de profess. & medic.*

& medic. lib. 10. proinde non tenentur excubias agere, nec milites hospitio recipere, nec diurno nec nocturno tempore ad portas vigilare, nec loricis vel alijs armis, quæ ciuibus imponuntur, instructi esse coguntur, nec denique collectam soluere tenentur. *text. notab. in l. sancimus. 6. C. de Aduoc. diuers. iudicior.* vbi dicitur, quod Aduocatis nulla debet ingeri peræquatio. h.e. vt interpretatur Accurs. nihil collectarum nomine debet eis iniungi, facit quod Sacerdotes à talibus contributionibus eximuntur, *c. clerici, de immun. Eccles. in 6.* Sed Doctores legum sacra ministrare dicuntur, & Sacerdotibus æquiparantur. *l. 1. in verb.* cuius scilicet artis æqui & boni nos quis meritò Sacerdotes appellet. *ff. de Iust. & iur. Ergo &c. Guid. Pap. quæst. 388. Latè Menoch. in arbitr. iudic. quæst. lib. 2. cent. 4. casu 379.*

XII.

Duodecimum est, quod Doctor qui tranquillum & quietum habitandi locum ad studia sua excolenda nullibi in ciuitate, quam in ea platea, vbi faber habitat, reperire potest, fabrum sibi obstrepentem & turbantem sua studia expellere potest. *arg. l. vnic. in fin. C. de liberal. stud. vrb. Rom. lib. xi. tit. 18.* Quod tunc maximè locum habet si Doctor præuenit fabrum in habitando, vt tunc à Doctore ex vicinia eius possit expelli, ne clamore & strepitu turbet eius studia. *arg. l. 2. §. si quis nemine ff. ne quid in loc. publ. Mantua in dialogismo seu glossar. iuris class. 1. c. 14.*

XIII.

Doctores juris qui in Academijs XX. annos docuerunt illustres seu nobiles efficiuntur, & comitum Palatinorum titulo & honore gaudent *arg. l. vnic. C. de Profess. qui in vrbe Constantinop. lib. 12. tit. 15.* vbi eiusmodi Professores juris, qui per XX. annos publicè professi sunt, æquiparantur COMITIBVS & vicarijs Principum, quos propter suam dignitatem illustres esse constat. *Wesembec. consil. 40. num. 50. vbi ex. d. l. vnic. recte notat*, quod Professores juris, qui XX. annos docuerunt COMITVM dignitate potiantur. Hinc in Academia Salmanticensi in Hispania, item in Duacensi Flandriæ Acad. qui vigesimum annum expleuit in munere docendi, stipendio suo (immunis à legendo) quamdiu viuit fruitur, *Middend. lib. 7. de Acad. in cap. de Salmanticens. Academia.*

XIV.

Hinc quamuis Professor itemque Doctor per substitutum legere non possit. *l. vlt. ff. de excus. tut. l. 1. §. ne autem. C. de caduc. toll.* attamen quando XX. annorum spacio Doctor publica professione functus, illustris est factus, per substitutum profiteri potest. *l. nullus qui nexu 60. C. de decur. lib. 10. tit. 31.* Cuius l. hæc sunt verba, „Hi verò decuriones, qui honorario titulo illustrem dignitatem sunt consecuti periculo suarum facultatum, per substitutos curiæ muneribus satisfacere non vetentur.

XV.

Decimum quintum Priuilegium est, quod qui Doctorem Iuris vel Professorem publicum cuiuscunque facultatis verberat, pulsat, vulnerat, vel iniuria afficit, tenetur *l. Iulia de vi publ. l. lege Iulia. 7. ff. ad l. Iul. de vi publ. in verb. oratorem. 1. ut gl. interpretatur, artium vel legum Doctorem.*

Et hanc sententiam adhuc hodie in judicijs obseruari notat *Hartmann. ab Hartmanno in pract. Obseru. lib. 1. miscell. iuris ciuilis. c. 4.*

FINIS.

